CHARAKTERISIERUNG UND RECHTLICHE UMGRENZUNG DER ÖFFENTLICH-WIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMER-TÄTIGKEIT

---

von

Horst Junker

Göttingen

1965

1964

CHARAKTERISIERUNG UND RECHTLICHE UMGRENZUNG DER ÖFFENTLICH-WIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMERTÄTIGKEIT

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Horst Junker

aus Berlin

Göttingen 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Berichterstatter: Herr Professor Dr.Georg Erler

Mitberichterstatter: Herr Professor Dr.Ernst Rudolf Huber

Tag der mündlichen Prüfung: 29.Januar 1964

Inhaltsverzeichnis

	Seiten
Abkürzungsverzeichnis	V + VI
Literaturverzeichnis	VII - XXIV
Gliederung	XXV - XXXII
Einleitung	1 - 4
Hauptteil	5 - 134
Anhang	135 - 146

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angeführten Ort
Abh.	Abhandlung
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AdG	Annalen der Gemeinwirtschaft; Interationale, in vier Sprachen erscheinende Zeitschrift, Herausgeber: Edgar Milhaud, Genf.
ArchöR	Archiv des Öffentlichen Rechts
ArchöfU	Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen.
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DÖW	Die Öffentliche Wirtschaft. Zeitschrift, herausgegeben von der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V., Berlin.
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (ab 1951: Juristenzeitung)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
f. , ff.	folgend(e)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland
FinArch.	Finanzarchiv Herausgeber:Hans Teschemacher, Tübingen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
l.Sp.	linke Spalte
LP	Legislaturperiode
MdB	Mitglied des Bundestages
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Preuß.GS	Preußische Gesetzessammlung
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZE	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
r.Sp.	rechts Spalte
RuS	Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften.
S.	Seite
s.o. , s.u.	siehe oben, siehe unten
sog.	sogenannt(er, e, es)
WRV	Weimarer Reichsverfassung Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.August 1919.
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb. Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Kartellrecht und Marktorganisation, Düsseldorf.
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.
ZGStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

Literaturverzeichnis
-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.

Atzenroth	A t z e n r o t h, Karl: Das Vermögen des Bundes - eine unvollständige Rechnung. In: Rheinischer Merkur vom 19.2.1954, S. 13.
Bachof	B a c h o f, Otto: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. In: JZ 10 (1955), S. 97-102.
Ballerstedt, ArchöR	B a l l e r s t e d t, Kurt: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. In: ArchöR 74 (1948), S. 129-157.
Ballerstedt, JZ	B a l l e r s t e d t, Kurt: Unternehmen und Wirtschaftsverfassung. In: JZ 6 (1951), S. 486-493.
Ballerstedt, DÖV	B a l l e r s t e d t, Kurt: Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit. in DÖV 4 (1951), S. 159-161.
Ballerstedt, Gemeindl. Wirtschaftsunternehmen	B a l l e r s t e d t, Kurt: Zur Frage der Rechtsformen gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen. In: DÖV 4 (1951,)S. 449-453.
Ballerstedt, WiVR = Wirtsch.Verf.R.	B a l l e r s t e d t, Kurt: Wirtschaftsverfassungsrecht. In: Die Grundrechte. Hrsg.v.Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 3.Bd.1.Halbbd., S. 1-90. Berlin 1958.
Bayer	B a y e r, Hans: Entwicklungstendenzen der öffentlichen Wirtschaft. In: DÖW 1952, S. 10-12.
Beckerath	B e c k e r a t h, Herbert von: Der moderne Industrialismus. Jena 1930.
Berndorff	B e r n d o r f f, Walter: Die Grenzen der öffentlichen Unternehmen. Diss. Köln 1928
Bernstein	B e r n s t e i n, Otto: Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Behörden. In: JW 1927, S. 1071 f.
Bischoff	B i s c h o f f, Friedrich: Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung. In: ArchöR 81 (1956), S. 54-83.

Böhm, Wirtschaftsordnung u.Staatsverfassung	B ö h m, Franz: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. In: RuS 195o
Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf	B ö h m, Franz: Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 193o.
Böhm, Ordnung der Wirtschaft	B ö h m, Franz: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe. Stuttgart und Berlin 1937. (Schriftenreihe Ordnung und Wirtschaft).
Boelsen	B o e l s e n, Hans: Kapitalgesellschaften in öffentlicher Hand. Berlin 1929. (Schriften des Vereins für Kommunalwirtschaft und Kommunalpolitik, Nr. 30).
Boettcher-Leibrecht	B o e t t c h e r, Carl und Dieter L e i b r e c h t,: Kommentar zur Gemeinnützigkeitsverordnung. München und Berlin 1956.
Brandt	B r a n d t, Jürgen: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Diss. Jena 1929.
Brecher	B r e c h e r, Fritz: Das Unternehmen als Rechtsgegenstand. Bonn 1953. (Bonner rechtswiss.Abh.,46).
Breidbach	B r e i d b a c h, Hans-Josef: Privatisierung! Köln 196o. (Schriftenreihe des Deutschen Industrieinstituts, 8.).
Bund als Unternehmer	Der Bund als Unternehmer. Bericht des Bundesschatzministeriums über das von ihm verwaltete Vermögen. Bad Godesberg 1958.
Bundeskonzerne	Die Bundeskonzerne. Schrift des Bundes der Steuerzahler. Bad Wörishofen 1957. (Schriftenreihe des Bundes der Steuerzahler, 1o).
Duhmer, Öffentl. Vermögen I	D u h m e r, Wilhelm: Das öffentliche Vermögen in Deutschland und seine Bewirtschaftung. Göttingen 1952.
Duhmer, Öffentl. Vermögen II	D u h m e r, Wilhelm: Das öffentliche Vermögen. Ein Problem der organischen Finanz-und Steuerreform. Bonn 1955. (Institut "Finanzen und Steuern", 35.).
Duhmer, DÖW	D u h m e r, Wilhelm: Kritische Bemerkungen. In: DÖW 1955 Nr. 5, S. 42 f.

Dürig	D ü r i g, Günter: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. In: JZ 1953, S. 193-199
Eckhardt	E c k h a r d t, Karl-August: Betrieb und Unternehmer. In: ZHR 94 (1929), S. 1-30.
Ehmke	E h m k e, Horst: Wirtschaft und Verfassung. Karlsruhe 1961.
Eichler	E i c h l e r, Hermann: Wirtschaftsrecht. Nürnberg 1950. (Rechts-und sozialwiss.Vorträge und Schriften 2)
Eucken	E u c k e n, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie. 7. Aufl. Berlin 1959.
von Eynern	E y n e r n, Gerd von: Der wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft zur Förderung der öffentlichen Wirtschaft. in: DÖW 1954, Heft 2, S.14 f.
Fechner	F e c h n e r, Erich: Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft. Bonn 1942 (Antrittsvorlesungen der Universität Bonn,7).
Fischer, DÖW	F i s c h e r, Curt Eduard: Das Problem der Rechtsformen für öffentl. Unternehmen. In: DÖW 1958, Heft 3, S. 2-7.
Fischer, Bundeserwerbsunternehmen	F i s c h e r, Curt Eduard: Bundeseigene Erwerbsunternehmen als Haushalts-und Rechtsproblem. In: FinArch N.F.Bd.15,1954/1955, S. 419 ff.
Fleiner	F l e i n e r, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.
Forsthoff, Lehrb.	F o r s t h o f f, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts.Bd 1, 8. Aufl. München und Berlin 1961.
Forsthoff, Wirtschaftsverfassung	F o r s t h o f f, Ernst: Die Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Gesamtverfassung. In: Ratgeber von Parlament u. Regierung (Vortragsreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) Frankfurt 1951, S. 127 ff.
Frank	F r a n k, Ludwig: Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung. Diss. Zürich 1918/19.

Frey	F r e y, Wilfred: Die Privatwirtschaft der öffentlichen Hand. Diss. Halle (Saale) 1930.
Frentzel	F r e n t z e l, Gerhard: Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand. Frankfurt/M. 1958. (Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstages, 56.).
Frentzel	F r e n t z e l, Gerhard: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. In: RuS 235. Tübingen 1961
Füsslein	F ü s s l e i n, Rudolf Werner: Deutsche Verfassungen, Textausgabe. 3. Aufl. Berlin und Frankfurt 1959.
Garben	C a r b e n, Manfried: Umfang und Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden. Berlin 1937.
H. Gerber	G e r b e r, Hans: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes. In: ArchöR Bd. 81 (1956) S. 1-54.
W. Gerber	G e r b e r, Walter: Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form. Zürich 1928. (Züricher Volkswirtschaftliche Forschungen, 13.).
Giese	G i e s e, Friedrich: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 5. Aufl. (bearb.v.Eugen S c h u n c k) Frankfurt/M.1960.
Gieseke	G i e s e k e, Paul: Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen. Jena 1922. (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, 2.).
Gieseke, Rechtsformen	G i e s e k e, ohne Vorn.: Rechtsformen der öffentlichen Unternehmungen. Vortrag in: Arbeitsrecht und Schlichtung, Zeitschrift des Instituts f. Arbeitsrecht a.d. Univ. Halle-Wittenberg, 14. Jhg. (1932), Spalten 185-191.
Glum	G l u m, ohne Vorn.: Diskussionsbeitrag in: VVDStRL Bd.6, Berlin und Leipzig 1929, S. 144 ff.

Göppert	G ö p p e r t, Heinrich: Staat und Wirtschaft. In: RuS, 33. Tübingen 1924.
Guggenheim	G u g g e n h e i m, Felix: Der deutsche reichseigene Industriekonzern. Zürich 1925. (Züricher Volkswirtschaftliche Abhandlungen, 4.).
Gütebier	G ü t e b i e r, Friedrich Wilhelm: Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand. Berlin 1934.
Großendorf	G r o ß e n d o r f, Werner: Grundlagen und Formen der Privatisierung. Köln 1960. (Schriftenreihe des Deutschen Industrieinstituts, 9.)
Hamann, RuW	H a m a n n, Andreas: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Heidelberg 1953.
Hamann, Kommentar	H a m a n n, Andreas: Das Grundgesetz für die Bundesrep. Deutschland. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. 2. Aufl., Neuwied 1961.
Hamann, WiVR	H a m a n n, Andreas: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht. Neuwied 1958.
Hamm	H a m m, Walter: Kollektiveigentum. Die Rolle öffentlicher Unternehmen in der Marktwirtschaft. Heidelberg 1961. (Veröffentlichungen des Forschungsinstituts f. Wirtschaftspolitik a.d. Univ. Mainz, 9.)
Handelsgesetzbuch	s.u. Schlegelberger
Hansen	H a n s e n, Ernst: Die Beteiligungen des Reiches an industriellen Unternehmungen. Leipzig 1931. (Wirtschaftsstudien, hrsg.v.Schanz, Bd. 126).
Hasenack	H a s e n a c k, Wilhelm: Öffentliche Wirtschaftsbetriebe. In: Gabler's Wirtschaftslexikon, hrsg.v. R.und H. Sellien, 2. Bd., 3. Aufl., Wiesbaden 1960, S. 2232 ff.
Haussmann, ÖH	H a u s s m a n n, Frederick: Die öffentliche Hand in der Wirtschaft. München und Berlin 1954.

Haussmann, Public Utilities	H a u s s m a n n, Frederick: Public Utilities und gemischtwirtschaftliche Unternehmen in nationaler und internationaler Sicht. Bern 1955.
Haussmann, BB 1954	H a u s s m a n n, Frederick: Übermaß und Mitte in der sozialen Marktwirtschaft. In: BB 1954, S. 813.
Haussmann, DÖW	H a u s s m a n n, Frederick: Die grundsätzliche Frage. In: DÖW 1955, Nr. 5, S. 28-47.
Häussler	H ä u s s l e r, ohne Vorn.: Das Staatskapital bedroht die Freiheit. In: Die Zeit (Wochenzeitschrift f. Politik, Handel, Wirtschaft u. Kultur) v.17.1.1957, S. 10.
Hedemann	H e d e m a n n, Justus Wilhelm: Deutsches Wirtschaftsrecht, Berlin 1939.
Hellwig	H e l l w i g, Fritz: Die öffentlichen Unternehmen in privatwirtschaftlicher Sicht. in: DÖW 1955 Nr. 5, S. 14-27.
Herrnritt	H e r r n r i t t, Rudolf Herrmann: Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921.
Hettlage	H e t t l a g e, Karl Maria: Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen. In: Festschrift f. Walter Schmidt-Rimpler zum 70. Geburtstag hrsg.v. d. R.-u.Staatswiss. Fak.d.Univers. Bonn. Karlsruhr 1957, S. 279-302.
Hettlage, FinArch.	H e t t l a g e, Karl Maria: Besprechung der Abhandlung von Duhmer, Öffentl. Vermögen II (s.o.) In: FinArch.N.F. 16 (1955/56), S. 542 ff.
Heun	H e u n, Bernhard: Die kommunalen Versorgungsbetriebe nach 1945, In: DÖW 1956 Nr. 3, S. 61-66.
Heusser	H e u s s e r, Walter: Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem. Diss. Zürich 1949.
Heymann	H e y m a n n, Wilhelm: Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen Anstalt. Berlin 1950.

Hirche	H i r c h e: Kurt: Die Komödie der Privatisierung; Der Kampf um die öffentliche Wirtschaft. 2. Aufl. Köln 1959.
Huber, WiVwR	H u b e r, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. Bd. 1 und 2. Tübingen 1953-54.
Huber, Wirtschaftsstaat	H u b e r, Ernst Rudolf: Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat. In: RuS Nr. 85, Tübingen 1931.
Huber, WiVR = Wirtsch.Verf.R.	H u b e r, Ernst Rudolf: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. In: DÖV 9 (1956), S. 97-102, 135-143, 172-175, 200-207.
H. Huber	H u b e r, Hans: Niedergang des Rechts und Krise der Rechtsverfassung. In: Festgabe für Giacometti, 1953.
Hug	H u g, Walter: Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen von Kantonen und Gemeinden. In: Festgabe für Fritz Fleiner z. 70. Geburtstag v.d. Rechts- und Staatswiss. Fakultät Zürich 1937, S. 131 ff.
Ipsen	I p s e n, Hans Peter: Enteignung und Sozialisierung. In: VVDStRL, Bd. 10. Berlin 1952.
Isele	I s e l e, Helmut Georg: Wirtschaftsrecht. In: Einführung in die Rechtswissenschaft, hrsg.v. Rudolf Reinhardt. Marburg 1949.
W. Jacobi	J a c o b i, Werner: Über das Recht auf wirtschaftliche Eigentätigkeit der Gemeinden. In: AdG, Bd. 22 (1953), S. 5-10.
E. Jacobi	J a c o b i, Erwin: Betrieb und Unternehmung als Rechtsbegriffe. In: Festschrift für Victor Ehrenberg. Leipziger rechtswiss.Studien, 21. S. 1-39, Leipzig 1927.
Jaeger	J a e g e r, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung, 2. Bd.(§§ 47-244 KO) 6.Aufl. 1936.
Kaiser	K a i s e r, Karl: Der Staat als Kaufmann. Diss. Heidelberg (Maschinenschrift) 1924.

Kaußmann	K a u ß m a n n, Ernst: Die Funktionen der öffentlichen Hand in der Atomwirtschaft. In: DÖW 1956, Nr. 3, S. 17-20.
Keller	K e l l e r, Theo: Gewinn und Gemeinwohl als Ziele der wirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen. In: Individuum und Gemeinschaft. Festschrift der Handelshochschule St. Gallen, 1949, S. 263 ff.
Keller, Eigenwirtschaft	K e l l e r, Theo: Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen. In: Handbuch der Finanzwissenschaft, 2. Bd., 2. Aufl. Tübingen 1956, S. 161-202.
Knollmann	K n o l l m a n n, Erich: Der Staat als Unternehmer in der Nachkriegszeit. Diss. Gießen 1931.
Köhler	K ö h l e r, Herbert: Betrieb und Unternehmen in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht. In: JZ 1953, S. 713-718.
von Koehler	K o e h l e r, Karl Heinz von: Zur Auslegung früherer Wirtschaftsgesetze. In: NJW 1954, S. 1551-1554.
Köttgen, Erwerbswirtschaft	K ö t t g e n, Arnold: Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht. In: RuS 59. Jena 1928.
Köttgen, Öffentl.Anstalt	K ö t t g e n, Arnold: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, in: VVDStRL 6 (1929), S.105 ff.
Köttgen, Gemeindewirtschaft	K ö t t g e n, Arnold: Die Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. 1. Karlsruhe 1960.
Krieger	K r i e g e r, Heinrich: Die Frage der kommunalen Unternehmen der deutschen Bundesrepublik. Ein Tagungsbericht in: AdG 23 (1954) S. 233-245.
Krüger, DVBl.	K r ü g e r, Herbert: Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung. In: DVBl. 66 (1951), S. 361 ff.

Krüger, Grundgesetz — K r ü g e r, Herbert: Grundgesetz und Kartellgesetzgebung. Göttingen 1950.

Kümmel — K ü m m e l, Hugo: Fälle der mißbräuchlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr und ihre Bekämpfung durch BGB und UWG. Diss. Köln 1928.

Kunze, DÖW 1959 — K u n z e, Otto: Keine besonderen Rechtsformen für öffentliche Unternehmen! In: DÖW 1959, Heft 2, S. 72-76.

Kunze, DÖW 1957 — K u n z e, Otto: Die Aktiengesellschaft als Rechtsform für öffentliche Unternehmen. In: DÖW 1957, Heft 3, S. 9-13.

Kußmaul — K u ß m a u l, Gottlob: Das Gemeindewirtschaftsrecht, 2. Aufl. Stuttgart 1953.

Kruk — K r u k, Max: Der Bund- der größte Unternehmer. In: FAZ v.6.2.1954, S. 5.

Kruse — K r u s e, Ludwig: Der Begriff der Privatwirtschaft in seinem systematischen Verhältnis zu dem Begriff der öffentlichen Wirtschaft. Münster 1928. (Universitas-Archiv, 11.).

Liefmann — L i e f m a n n, Robert: Die Unternehmungsformen. 3. Aufl. Stuttgart 1923.

Lohmann — L o h m a n n, Martin: Die Morphologie der Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung. In: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 176, S. 81 ff. München und Leipzig 1932.

Loschelder — L o s c h e l d e r, Wilhelm: Die Gemeindeordnungen in den westdeutschen Ländern und die Verfassungen von Berlin, Hamburg, Bremen. 2. Aufl. Stuttgart und Köln 1956.

Lotz — L o t z, Walter: Studien über die Verbreitung und Organisation der öffentlichen Unternehmungen der Gegenwart. Jena 1933. (Münchner Volkswirtschaftliche Studien N.F. Bd. 20.)

Ludewig	L u d e w i g, Hans: Die Regiebetriebe der Gemeinden. Berlin 1927.
Magnussen	M a g n u s s e n, Emil: Rechtsformen öffentlicher Unternehmen. Diss. Münster 1952.
Mallmann	M a l l m a n n, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung. Bericht in: VVDStRL 19 (1961), S.165-207.
Mangoldt-Klein	M a n g o l d t, Hermann von und K l e i n, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt/M. 1957.
Maunz	M a u n z, Theodor: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch. 10. Aufl. München 1961.
Maunz-Dürig	M a u n z, Theodor und D ü r i g, Günter: Grundgesetz. Ein Kommentar (Loseblattsammlung). München und Berlin 1958 ff.
Mayer	M a y e r, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 und 2. 3. Aufl. München und Leipzig 1924.
Meyer	M e y e r, Heinrich: Eigenbetrieb und selbständige Rechtspersönlichkeit In: DÖV 4 (1951), S.372-375.
Milhaud	M i l h a u d, Edgar: Grundzüge der öffentlichen Wirtschaft. In: DÖW 1952, S. 12-15.
Mises	M i s e s, Ludwig: Die Gemeinwirtschaft; Untersuchungen über den Sozialismus. 2. Aufl. Jena 1932.
Moellendorf	M o e l l e n d o r f, Wichard von: Konservativer Sozialismus. Hamburg 1932.
G. Müller	M ü l l e r, Gebhard: Bundesverfassungsgericht und Wirtschaftsverfassungsrecht. In: Juristen-Jahrbuch, hrg.v. Erdsiek. 2. Bd. 1961/62, S. 17-41.
Müller	M ü l l e r, Helmut: Kartellverbot und Grundgesetz. In: WuW 3,S.734-744, (1953).
von Münch	M ü n c h, Ingo von: Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip. In: JZ 1960,S.303-306.

Muthesius	M u t h e s i u s, Volkmar: Die öffentliche Wirtschaft. In: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 7. Jhg., Heft 22, Frankfurt/M. 1954, S. 729-732.
Nemschak	N e m s c h a k, Franz: Öffentliche und private Wirtschaft im Dienste der Gesamtwirtschaft. In: AdG 22 (1953), S. 182-192.
Neumann	N e u m a n n, Franz: Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung. In: Die Arbeit (Zeitschr.f.Gewerkschaftspolitik u.Wirtschaftskunde.) 8. Jhg. Berlin 1931, S. 588-606.
Niebuhr	N i e b u h r, Heinrich: Öffentliche Unternehmungen und Privatwirtschaft. In: Wirtschaftspolitische Zeitfragen 5. Leipzig 1928.
Nipperdey	N i p p e r d e y, Hans: Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts. In: DRZ 1950, S. 193 ff.
Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft	N i p p e r d e y: Hans: Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. In: WuW 4 (1954), S. 211 ff. = Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Heft 10.
Nipperdey, Gewerbefreiheit	N i p p e r d e y, Hans: Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand? In: BB 6 (1951), S. 593-596.
Nullmeyer	N u l l m e y e r, Hans Georg: Der Begriff der Gemeinnützigkeit im deutschen Steuerrecht. Diss. Göttingen 1929.
Oeftering, DÖW 1954	O e f t e r i n g, Heinz Maria: Der Bund als Unternehmer. In: DÖW 1954, Heft 1, S. 2-10.
Oeftering, DÖW 1956	O e f t e r i n g, Heinz Maria: Die Entwicklung der großen industriellen Bundesgesellschaften. In: DÖW 1953 Nr. 3, S. 21-27.

Passow, Gemischte Unternehmungen	P a s s o w, Richard: Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen (auf dem Gebiete der Elektrizitäts- und Gasversorgung und des Straßenbahnwesens). In: Beiträge zur Lehre von den industriellen Handels-u. Verkehrsunternehmungen, Heft 8, 2. Aufl. Jena 1923.
Passow, Betrieb	P a s s o w, Richard: Betrieb, Unternehmung, Konzern. Jena 1925. (Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, Heft 11).
Philippovich	P h i l i p p o v i c h, Eugen von: Grundriß der politischen Ökonomie, Bd. 1, 14. Aufl. Tübingen 1919.
Pröbsting	P r ö b s t i n g, Karl: Gemeinwirtschaft in Westdeutschland. In: AdG 22 (1953), S. 14 ff.
Raiser	R a i s e r, Ludwig: Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem. In: Festgabe für Julius von Gierke, S. 181 ff. Göttingen 1950.
Raiser, DJT	R a i s e r, Ludwig: Diskussionsbeiträge, anl. des 39. Deutschen Juristentages Stuttgart 1951 zu dem in Abt. B behandelten Thema: Die Gestaltung der Unternehmensformen unter den Gesichtspunkten der Wirtschafts- und Sozialverfassung.
Reuter	R e u t e r, Ernst: Die kommunale Versorgungswirtschaft als Aufgabe unserer Zeit. In: AdG 21 (1952), S. 293-296.
Rexrodt	R e x r o d t, Wilhelm: Keine kalte Sozialisierung. In: DÖW 1955, Nr. 5, S. 43 f.
Richter	R i c h t e r, Lutz: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt. In: VVDStRL 6 (1929), S. 69 ff.
Ridder	R i d d e r, Helmut: Enteignung und Sozialisierung. Mitbericht zum Bericht von H.P. Ipsen (s.o.) in: VVDStRL 10 (1952), S. 124-149.
Rinck	R i n c k, Gerd: Wirtschaftsrecht. Köln, Berlin, Bonn, München 1963.

Ritschl, Marktwirtschaft	R i t s c h l, Hans: Die öffentlichen Unternehmen in der Marktwirtschaft. In: DÖW 1955, Nr. 5, S. 2-13.
Ritschl, DÖW	R i t s c h l, Hans: Eine Plattform. In: DÖW 1955, Nr. 5, S. 46 f.
Ritschl, Besteuerung	R i t s c h l, Hans: Die Besteuerung der öffentlichen Unternehmen. Berlin 1960, (Schriftenreihe der Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft e.V., 7).
Rittig	R i t t i g, Gisbert: Die Definitionen des Terminologieausschusses der Gesellschaft zur Förderung der öffentlichen Wirtschaft. In: ArchöfU 1 (1954), S. 214.
Rosenfeld	R o s e n f e l d, ohne Vorn.: Verstaatlichung und Sozialisierung. In: Die Umschau, Jhg. 1, Heft 1, Sept. 1946.
Saitzew, Öffentl. Unternehmung	S a i t z e w, Manuel: Die öffentliche Unternehmung in der Gegenwart. Tübingen 1930.
Saitzew, Interventionismus	S a i t z e w, Manuel: Der Interventionismus. In: Festgabe für Fleiner zum 70. Geburtstag von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Zürich 1937, S. 321-346.
Schattenfroh	S c h a t t e n f r o h, M.: Das Zweckverbandsgesetz. In: Deutsche Verwaltung 16 (1939), S.356-361.
Scheuner	S c h e u n e r, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. In: VVDStRL 11, S. 1 ff.
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch-Kommentar. Begr. von Franz Schlegelberger; erläutert von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder. Bd. 1, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt/M. 1960.

Schmölder, Materialien	S c h m ö l d e r, Konstanz: Materialien zur steuerlichen Behandlung öffentlicher Unternehmen. Berlin 1954 (Schriftenreihe der Gesellschaft zur Förderung der Öffentlichen Wirtschaft e.V.,1).
Schmölder, Bibliografie	S c h m ö l d e r, Konstanz: Bibliografie zur Öffentlichen Wirtschaft. Berlin 1954. (Schriftenreihe der Gesellschaft zur Förderung der Öffentlichen Wirtschaft e.V., 2).
Schmölders	S c h m ö l d e r s, Günter: Finanzpolitik. Berlin, Göttingen,Heidelberg 1955. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften).
Schnettler	S c h n e t t l e r, Albert: Öffentliche Betriebe. Essen 1956.
Schüle	S c h ü l e, Adolf: Verfassung und Wirtschaft. Mannheim 1948. (Veröffentlichungen der Industrie- und Handelskammer Mannheim).
Schüle, VVDStRL	S c h ü l e, Adolf: Mitbericht zu dem Bericht von Ulrich Scheuner (s.o.) in: VVDStRL 11 (1953), S. 75 ff.
Schürmann	S c h ü r m a n n, Leo: Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmung mit privatrechtlicher Organisationsform. In: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, Basel 1953, S. 68a-197a.
Schulze-Wagner	Reichshaushalts-Ordnung-Kommentar. 3. Aufl. (hrsg.v. G r e u n e r), 1952.
Scupin	S c u p i n, Hans Ulrich: Die Rechtslage der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz. Münster 1950 (Schriftenreihe der wirtschaftlichen Gesellschaft f. Westfalen und Lippe).
Seidel	S e i d e l, Manfred: Bundeskonzerne im Blickpunkt der Öffentlichkeit. In: DÖW 1959, Heft 3, S. 140-143.
Sigloch	S i g l o c h, Gerhard: Die Unternehmungen der öffentlichen Hand. Berlin, Mannheim, Leipzig 1929. Wirtschaftliche Abhandlungen,5).

Sogemeier	Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft. Bericht über die Versammlung der Spitzenverbände der Wirtschaft i.d. Singakademie zu Berlin am 10. Nov.1926. Bearb.v. Martin S o g e m e i e r.
Spohn	S p o h n, Karl: Der ökonomische Charakter der öffentlichen Unternehmung. In: FinArch N.F. Bd.12, S.300-315. Tübingen 1950/51.
Staudinger	S t a u d i n g e r, Hans: Der Staat als Unternehmer. Berlin 1932.
Stern	S t e r n, Klaus: Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht. In: DÖV 14 (1961), S. 325 ff.
Straßmann, Unternehmensverzeichnis	S t r a ß m a n n, Ernst: Die öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik und in Berlin. Eine vorl. Übersicht. Zusammengestellt v.der Gesellschaft der öffentlichen Wirtschaft e.V., Berlin. Hrsg.von Straßmann, Köln 1957.
Straßmann, DÖW	S t r a ß m a n n, Ernst: Öffentliche Wirtschaft - heute. In: DÖW 1954, Heft 2, S.2-5.
Strauß	S t r a u ß, Walter: Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung. In: RuS 165, Tübingen 1952. = Schriftenreihe des DIHT, 1.
Strickrodt	S t r i c k r o d t, Georg: Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung. In: RuS 175/176. Tübingen 1954.
Surén	S u r é n, Friedrich Karl: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd.2: Gemeindewirtschaftsrecht. Köln-Berlin-München-Bonn 1960.
Tautscher Öffentl. Wirtschaft	T a u t s c h e r, Anton: Die öffentliche Wirtschaft. Berlin 1953.
Tautscher, ZGStW, Bd.106	T a u t s c h e r, Anton: Wesenswandel der Staatswirtschaft. In: ZGStW 106 (1950), S. 1 ff.

Tautscher, ZGStW, Bd. 109	T a u t s c h e r, Anton: Die öffentlichen Unternehmen und ihre wirtschaftspolitische Aufgabe. In: ZGStW 109 (1953), S. 399 ff.
Torz	T o r z, Robert: Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz. In: DÖV 11 (1958), S. 205 ff.
Tschierschky	T s c h i e r s c h k y, Siegfried: Wirtschaftsverfassung. Breslau 1924.
Vetter	V e t t e r, Hans Georg: Die öffentliche Hand im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft. Diss. Freiburg. Würzburg 1939.
Vialon	V i a l o n: Haushaltsrecht. Kommentar zur Reichshaushaltsordnung und zu den Finanzbestimmungen des Bonner Grundgesetzes. 2. Aufl. Berlin und Frankfurt/M., 1959.
Weber	W e b e r, Werner: Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. München und Berlin 1943. (Rechtswiss. Schriften der Wirtschaftshochschule Berlin, 2).
Weisser	W e i s s e r, Gerhard: Die Lehre von den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen. In: ArchöfU 1 (1954).
Zeiss, DÖW 1955/5	Z e i s s, Friedrich: Rechtsform und Geist öffentlicher Unternehmen. In: DÖW 1955 Nr.5, S. 35 f.
Zeiss, DÖW 1955/6	Z e i s s, Friedrich: a) Neue Rechtsform für öffentliche Unternehmen. In: DÖW 1955 Nr.6, S. 3-11. b) Entwurf zu einem Gesetz über öffentliche Unternehmen. In: DÖW 1955 Nr. 6, S.18-20.
Zeiss, DÖW 1958/4	Z e i s s, Friedrich: Das Problem der Rechtsformen für öffentliche Unternehmen. In: DÖW 1958 Nr.4, S. 2 f.
Zeiss, Eigenbetriebsrecht	Z e i s s, Friedrich: Die Entwicklung des Eigenbetriebsrechts. Köln 1956.

Zwiedineck-Südenhorst Z w i e d i n e c k - S ü d e n h o r s t, Otto von: Allgemeine Volkswirtschaftslehre. 2. Aufl. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948.

Als Fundstellen für weitere Literatur, die hier keine Verwendung finden konnte, kommen vor allem in Betracht:

1.) L a n d m a n n, Julius. Herausgeber des Sammelbandes: Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung. In: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 176. München und Leipzig 1932.
Bis 1932

2.) Schmölder, Konstanz: Bibliografie zur öffentlichen Wirtschaft (s.o.).
Bis 1954

3.) S c h n e t t l e r, Albert: Öffentliche Betriebe (s.o.), S. 338 ff.
Bis 1955/56

4.) ArchöfU (s.o., Abkürzungsverzeichnis)
Laufend

G l i e d e r u n g

Seite

Einleitung 1

Erster Teil

CHARAKTERISIERUNG DER ÖFFENTLICH-WIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMERTÄTIGKEIT 5

1. Abschnitt: Der systematische Standort der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit 6

A. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit als Teilbereich des Problemkreises Staat - Wirtschaft 6

I. Die volkswirtschaftlich-politische Betrachtungsweise 6

II. Die juristisch-systematisierende Betrachtungsweise 8

B. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit als Teilbereich der Öffentlichen Wirtschaft 10

I. Privatwirtschaft - Öffentliche Wirtschaft - Gemeinwirtschaft 10

1. Öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und Privatwirtschaft 10

2. Öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und Öffentliche Wirtschaft 12

a) Begriff und Betätigungsgebiet der Öffentlichen Wirtschaft 12

b) Der Begriff der Gemeinwirtschaft 15

II. Öffentliche Wirtschaft und öffentliche Verwaltung 18

C. Die öffentlich - w i r t s c h a f t l i c h e Unternehmertätigkeit als Teilbereich der a l l - g e m e i n e n öffentlichen Unternehmertätigkeit 20

I. Die Begriffe "Unternehmung" und "Unternehmen" 21

1. Der Begriff der "Unternehmung" 22

a) Der ökonomische Unternehmungsbegriff 22

b) Der juristische Unternehmungsbegriff 23

c) Das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht 24

2. Der umfassendere Begriff des "Unternehmens" 26

II. Das "öffentliche Unternehmen" 28

1. Die Funktion des Begriffes "öffentliches Unternehmen" als verwaltungsrechtlicher Sammelbegriff 28

2. Die Bedeutung der Kennzeichnung als " ö f f e n t l i c h e s " Unternehmen 3o

III. Die Arten öffentlicher Unternehmen 31

1. Die öffentlichen Unternehmungen = öffentliche Wirtschaftsunternehmen 32

2. Die außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen 32

IV. Ergebnisse 33

2. Abschnitt: Die Erscheinungsformen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit 35

A. Begriff und Betätigungsgebiet der öffentlichen Unternehmungen 35

I. Der Begriff 35

II. Das Betätigungsgebiet 38

B. Die Arten öffentlicher Unternehmungen 40

I. Einteilung nach der Zwecksetzung 40

1. Die vorwiegend ertragsorientierten öffentlichen Unternehmungen = öffentliche Erwerbsunternehmungen 41

2. Die vorwiegend gemeinnützigen öffentlichen Unternehmungen 43

II. Einteilung nach der Trägerschaft 47

1. Die staats- und gemeindeeigenen Unternehmungen 47

a) Die öffentliche Hand als Unternehmer 47

b) Die gemeindeeigenen Unternehmungen insbesondere 48

2. Die Beteiligungsunternehmungen 49

III. Einteilung nach der Rechts- und Organisationsform 5o

1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen 51

a) Die öffentlichen Wirtschaftsanstalten 51

b) Die Eigenbetriebe und die Zweckverbände 55

2. Privatrechtliche Organisationsformen 57

a) Öffentliche Unternehmungen in Privatrechtsform 58

b) Das Für und Wider zu den privatrechtlichen Organisationsformen 59

IV. Einteilung nach dem Grade der Abhängigkeit oder Selbständigkeit 62

1. Die Regiebetriebe und die nichtrechtsfähigen öffentlichen Wirtschaftsanstalten 62

2. Die autonomen Wirtschaftskörper und die verselbständigten öffentlichen Unternehmungen 63

C. Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen 65

3. Abschnitt: Überblick über Entstehung, Ausbreitung und Umfang 67

A. Die Motive 67

B. Überblick über die Zeit bis 1945 70

I. Die Ausdehnung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit 70

II. Das Entstehen von Reichs- und Länderkonzernen 72

C. Überblick über die Zeit nach 1945 73

I. Unternehmungen und Beteiligungen des Bundes 74

II. Unternehmungen und Beteiligungen der Länder und Gemeinden 75

Zweiter Teil

RECHTLICHE UMGRENZUNG
DER ÖFFENTLICH-WIRTSCHAFTLICHEN
UNTERNEHMERTÄTIGKEIT 77

1. Abschnitt: Die bestehenden rechtlichen Grenzen 78

A. Die Umgrenzung durch gesetzliche Einzelbestimmungen 78

I. Die Bestimmungen in den Gemeindeordnungen 78

II. Die reichs- und bundesgesetzlichen Bestimmungen 79

1. Haushaltsrechtliche Bestimmungen 79

2. Wettbewerbsrechtliche Bestimmungen 81

a) Die Anwendbarkeit 81

b) Fälle von Wettbewerbsverstößen 82

3. Sonstige Bestimmungen 83

4. Die Unvollkommenheit der gesetzlichen Regelung auf der Staatsebene 84

B. Die verfassungsrechtliche Umgrenzung 86

I. Allgemeines zur staatlichen Wirtschaftsverfassung 87

1. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftssystem 87

2. Die Wirtschaftsverfassung im materiellen und formellen Sinne 89

3. Die "gemischte Wirtschaftsverfassung" und die Konformität von Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung 91

II. Das Grundgesetz und das Problem einer Wirtschaftsverfassung 94

1. Das Fehlen einer Wirtschaftsverfassung im streng formellen Sinne
Die Ansicht von der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität bzw. Entscheidungsfreiheit 94

2. Die Ansichten von der Garantie der sozialen Marktwirtschaft bzw. der gemischten Wirtschaftsverfassung 96

III. Das Grundgesetz und die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit 100

1. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und die Wirtschaftsverfassung 100

2. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und Einzelbestimmungen des Grundgesetzes 101

a) Der Sozialisierungsartikel (Art.15 GG) 102
b) Der Gleichheitsgrundsatz (Art.3 GG) 106
c) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. III GG) 111
d) Der Grundsatz der (wirtschaftlichen) Betätigungsfreiheit (Art.2 Abs.I GG) 112

3. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und verfassungsrechtliche Leitprinzipien 115

a) Die individuell-freiheitliche Staatsidee 116
b) Das Subsidiaritätsprinzip 117

IV. Die Länderverfassungen und die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit 120

2. Abschnitt: Die Schaffung rechtlicher Grenzen 122

A. Die Problematik einer gesetzlichen Regelung 124

I. Die wirtschaftspolitische Kontroverse 124

II. Die Gesetzgebungskompetenz 127

B. Die bei Schaffung rechtlicher Grenzen zu berücksichtigenden Tatsachen und Voraussetzungen 129

I. Die Daseinsberechtigung öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit 129

II. Die Voraussetzungen für die Billigung öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit 131

Anhang: Entwürfe für Gesetze über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

I. Entwurf der FDP-Bundestagsfraktion 135

II. Entwurf des Deutschen Industrie- und Handelstages 14o

III. Übersichtsskizze 145

E i n l e i t u n g

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit. Hierunter wird die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand[1] in eigenen Unternehmungen oder ihre Beteiligung an rechtlich selbständigen Unternehmungen verstanden.

Die damit zusammenhängenden Fragen haben seit der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg eine reichhaltige wissenschaftliche, publizistische und politische Diskussion ausgelöst. Sie fand einen ersten Höhepunkt als 1926 die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft mit großer Entschiedenheit gegen eine weitgehende wirtschaftliche Eigenbetätigung der öffentlichen Hand Stellung bezogen[2]. Zu jener Zeit bereits ist von K ö t t g e n unter Hinweis auf die zahlreichen Untersuchungen zu diesem Fragenbereich ausgesprochen worden, daß "die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Brennpunkt des allgemeinen Interesses" steht[3]. Seitdem hat dieses Thema nichts an Aktualität eingebüßt. Es ist sowohl in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg[4] als auch danach immer wieder unter den verschiedensten Aspekten behandelt worden. Aus den in jüngerer Zeit dazu erschienenen Stellungnahmen geht hervor, daß

---

1) Unter "öffentlicher Hand" wird die Gesamtheit der Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen Rechts in ihrer Eigenschaft als Beteiligte am Wirtschafts- und Finanzleben verstanden. Es handelt sich bei dem Begriff um eine bildhafte Sprachprägung: neben das wirtschaftliche Tätigsein der privaten Hände ist das der öffentlichen Hand getreten.
Vgl. Hedemann, S. 146.
Unter den Begriff fallen insbesondere die Gebietskörperschaften: der Bund mit seinen Sondervermögen (Bahn, Post, Ausgleichsfonds, Sozialversicherung), die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände. Vgl. Frey, S.9 u. S.18; Gütebier, S.16; Sigloch, S.15.

2) Sogemeier, Die öffentliche Hand in der Wirtschaft.

3) Köttgen, Erwerbswirtschaft, S.3.

4) Vgl. für diese Zeit insbesondere: Vetter, S.36 ff.; Garben, Umfang und Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden.

sich auch jetzt wieder die Öffentlichkeit stark mit diesem Thema beschäftigt und daß man dazu neigt, es in den Mittelpunkt des modernen Wirtschaftsrechts überhaupt zu stellen[5]. Die Bedeutung der mit dem Thema zusammenhängenden Fragen wurde 1957 durch die Errichtung eines Ministeriums für den wirtschaftlichen Besitz des Bundes (Schatzministerium) unterstrichen.

Es soll versucht werden, das Thema vorwiegend aus der juristischen Sicht zu behandeln und unter rechtlichen Aspekten die bestehenden Grenzen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit aufzuzeigen sowie Gesichtspunkte für die noch zu errichtenden Grenzen herauszuarbeiten.

Allerdings muß der Jurist erkennen, daß ihm bei dem Versuch der Bestimmung der Grenzen selbst Grenzen gesetzt sind. Das ergibt sich daraus, daß das Thema eine Fülle von Problemen in sich vereinigt[6], einen noch nicht hinreichend definierten Komplex von Problemen darstellt[7] und daß dabei wirtschafts-, sozial-, arbeits-, etats- und wehrpolitische Fragen und sogar weltanschauliche Werturteile eine große und rein juristische Gesichtspunkte nur eine untergeordnete Rolle spielen[8]. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist zutreffend als einer jener Brennpunkte gekennzeichnet worden, "in denen die verschiedensten politischen, volkswirtschaftlichen und rechtlichen Strahlen zusammentreffen und die wegen ihrer Vielgestaltigkeit einer einheitlichen Darstellung schwer zugänglich sind"[9].

Aus dieser Erkenntnis folgt, daß eine rein juristische Betrachtungsweise ohne einen Seitenblick auf die politischen, wirtschaftlichen und wirtschaftssystematischen Hintergründe und Zusammenhänge nicht möglich ist.

Immerhin enthält der hier zu behandelnde Fragenbereich durchaus auch eine juristische Aufgabe - bei allem Respekt vor den Aufgaben anderer Arbeits- und Wissensgebiete, die damit verbunden sind.

---

5) Vgl. Haussmann, ÖH, S.13; Strickrodt, S.1. Ferner die Schriften von Breidbach, Frentzel, Grussendorf, Hirche.

6) Vgl. Vorbemerkung des Preußischen Ministers für Handel und Gewerbe zu Staudinger, Der Staat als Unternehmer, S.5.

7) Vgl. Strickrodt, Vorbemerkung.

8) Hansen, S.85; Haussmann, ÖH, S.67.

9) Gütebier, Vorwort.

So wie es ganz allgemein ein Gegenstand juristischer Tätigkeit ist, die rechtlichen Grenzen der Entfaltung des staatlichen Wirkungsbereichs abzugrenzen, so ist es speziell auch eine juristische Aufgabe, die Rechtmäßigkeit der Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand zu prüfen und sich um eine Grenzziehung zu bemühen.

Zur Durchführung dieser Aufgabe wird die genannte Tätigkeit an den durch Gesetz und Verfassung gegebenen objektiven Maßstäben gemessen[10]. Sodann wird nach Umgrenzungsmerkmalen gesucht[11], die sowohl den wirtschaftlichen Gegebenheiten gerecht werden als auch der derzeitigen wirtschaftsrechtlichen Gesamtsituation angepaßt sind. Eine zukünftige gesetzliche Regelung der Materie kann nicht ohne Hinweis auf die damit verbundene Problematik angeregt werden[12].

Die Darlegungen zur Begrenzung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit dürften nur dann das rechte Interesse und Verständnis finden, wenn zuvor die notwendige Kenntnis und Vorstellung von der Systematik, den Erscheinungsformen und dem ungefähren Umfang dieses staatlichen Tätigkeitsbereiches vermittelt wird. Darauf soll im ersten Teil der Arbeit eingegangen werden. Dabei wird besonders die Systematik hervorgehoben, weil sie in der bisherigen Diskussion relativ vernachlässigt erscheint. Auf entwicklungsgeschichtliche Betrachtungen wird bewußt verzichtet. Sie liegen außerhalb des Themas und sind im übrigen in der Literatur so häufig angestellt worden[13], daß Wiederholungen unvermeidlich wären. Soweit ge-

---

1o) Hettlage, FinArch., S.543 und Hirche, S.53, meinen allerdings, daß es keine objektiven und allgemeinverbindlichen Maßstäbe gäbe, an denen die Berechtigung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit gemessen werden könnte, sondern nur weltanschauliche und politische Wunschbilder.

11) Zweiter Teil der Arbeit, S.77 ff.

12) Zweiter Teil der Arbeit, S.124 ff.

13) Vgl.u.a.: Frey, S.11 ff.; W.Gerber, S.49 ff.; Haussmann, ÖH, S.31 ff.; Hedemann, S.146 ff.; Huber, WiVwR, Bd.1, S.518 ff.; Keller, Eigenwirtschaft, S.163 ff.; Knollmann, S.6 ff; Milhaud, S.13; Niebuhr, S.9 ff.; Richter, S.72; Staudinger, S.11 ff.; Strassmann, S.2 f.; Strickrodt, S.34, Anm.3; Vetter, S.1 ff.; Weisser, DÖW 1952, S.4 f.

schichtliche Tatsachen zum Verständnis erforderlich sind, werden sie in einem Überblick über die Entstehung und Ausbreitung staatlicher Unternehmertätigkeit (s.u. S.67 ff.) gestreift.

Auch die Entwicklung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit im Ausland sowie deren Formen, Verbreitung und Problematik kann nicht behandelt werden[14].

Von den Ergebnissen, zu denen die Arbeit kommt, kann vorausgenommen werden, daß es eine Radikallösung etwa in dem Sinne und mit dem Ziel, die unternehmerische Betätigung des Staates zugunsten privater Wirtschaftstätigkeit entscheidend abzubauen oder gänzlich auszuschalten, nicht gibt. Zwar wird von H a u s s m a n n für die kommenden Jahre ein "heftiger und leidenschaftlicher Feldzug gegen die öffentliche Hand in der Wirtschaft" vorausgesagt[15], jedoch müßte ein solcher Feldzug - soweit er auf eine völlige Beseitigung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit abzielen würde - sicher einen sehr fragwürdigen Verlauf nehmen. Im modernen Staats- und Wirtschaftsleben kann der Streit nicht mehr um das Prinzip, sondern nur noch um die Grenzen gehen, nicht mehr um das "Ob?", sondern nur noch um das "Wieweit?"[16]. Es kann sich nur darum handeln, Überwucherungen auf das natürliche Maß zurückzuführen.

Die Arbeit möchte etwas zu der Aufgabe beitragen, eine allgemein befriedigende Grenze zwischen den beiden großen Bereichen unseres heutigen Wirtschaftslebens - der Privatwirtschaft einerseits und der Öffentlichen Wirtschaft andererseits - zu ziehen; eine Aufgabe, die als "unter hoher und schwerer Verantwortung stehend" bezeichnet worden ist[17].

---

14) Verwiesen wird auf die Zusammenstellung von Literatur über "Öffentliche Wirtschaft im Ausland" bei Schmölder, S.56 ff. u. Haussmann, ÖH, S.119 ff. Siehe dazu ferner: AdG 27.Jhg. 1958 Nr.3 (Belgien). DÖW 1952, S.21 ff. (Frankreich, Österreich); 1954 Heft 1, S.11 ff.(USA), S.18 ff.(England), S.21 ff. (Frankreich, Österreich, Skandinavien); 1958 Heft 2, S.16 ff. u. Heft 4, S.16 ff. (Frankreich); 1960 Heft 1, S.12 f. (USA) u. S.21 ff. (Frankreich, Österreich, Entwicklungsländer). Hug (Schweiz); Keller, Eigenwirtschaft, S.172 ff.; Nemschak, (Österreich).

15) Haussmann, ÖH, Vorwort.

16) Vgl. Hansen, S.89; Saitzew, Öffentliche Unternehmung S.72; Vetter, S.26.

17) Vgl. Duhmer, Öffentliches Vermögen II, S.28; Strickrodt, S.8.

Erster Teil

CHARAKTERISIERUNG DER ÖFFENTLICH- WIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMERTÄTIGKEIT

1. Abschnitt

Der systematische Standort der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit

A. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit als Teilbereich des Problemkreises Staat - Wirtschaft

Wirtschaftliche Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand bedeutet letztlich "Mitgestaltung der Wirtschaft durch den Staat"[18]. Daraus ergibt sich die Zugehörigkeit der damit zusammenhängenden Problematik zu dem allgemeineren Problemkreis des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft[19]. Keine Erörterung über die Betätigung der öffentlichen Hand in der Wirtschaft kann es daher unterlassen, sie im Rahmen dieses Verhältnisses zu sehen[20]. Dies gilt insbesondere bei einem Versuch, diese Tätigkeit zu umgrenzen. Nur die Erkenntnis, daß es sich hier um den Ausschnitt aus einem größeren, stets umstrittenen Fragenbereich handelt, läßt deutlich werden, warum die bisher bestehenden Grenzen so lückenhaft und problematisch sind und warum dem Bemühen nach einer rechtlichen Grenzziehung Schwierigkeiten entgegenstehen - was beides noch zu zeigen sein wird.

Für die Betrachtung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit innerhalb des genannten Problemkreises bieten sich zwei Möglichkeiten mit verschiedenen Ausgangspunkten und Zielsetzungen an.

I. Die volkswirtschaftlich-politische Betrachtungsweise

Die erste der beiden Betrachtungsweisen, die man die volkswirtschaftlich-politische nennen könnte, läuft auf die Diskussion um das beste und zweckmäßigste Wirtschaftssystem

---

18) Schüle, VVDStRL Bd.11, S.111, Leitsatz 5.

19) Vgl. Niebuhr, S.7 u. S.8.

20) Haussmann, ÖH, S.31: "Die Bedeutung der öffentlichen Hand in der Wirtschaft kann nicht anders erkannt werden, als durch Erörterung des Grundverhältnisses von Staat und Wirtschaft". Ders. im gleichen Sinne: aaO, S.3 und S.81.

hinaus. Hier stehen sich die großen Probleme gegenüber, die sich etwa mit den Worten: Sozialisierung , Planwirtschaft, Zentralverwaltungswirtschaft, Kollektivismus, Syndikalismus, Dirigismus einerseits und Kapitalismus, Freie Verkehrs- und Konkurrenzwirtschaft andererseits umreißen lassen. Die Frage der wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand hat bei dieser in aller Welt so heftig geführten Diskussion ihren festen Platz. Man hat sie dabei als Ausdrucksform einer "kalten Sozialisierung"[21] und einer "Wirtschaftslenkung höherer Stufe"[22] bezeichnet. Es gibt zahlreiche Stellungnahmen zu der Frage, ob es sich um eine Erscheinung des sogenannten Staats- und Gemeindesozialismus oder des sogenannten Staats- und Gemeindekapitalismus handelt[23]. Vielfach wird die eigene wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand auch unter dem Aspekt eines staatlichen Interventionismus behandelt und als eine seiner Methoden angesehen, oder andererseits diese Zuordnung abgelehnt[24].

Wohl nicht zu Unrecht ist der Vorwurf erhoben worden, daß die wirtschaftliche Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand bei diesen ideologisch-politischen Einordnungsversuchen zum "Spielball oberflächlicher Schlagworte" geworden ist[25].

---

21) Vgl. Frey, S.9 f. u. S.18; Huber, WiVwR Bd.1, S.520; Oeftering, S.8; Rexrodt, S.43; Sogemeier, Vorwort u.S.43.

22) Ballerstedt, ArchöR Bd.74, S.151.

23) Vgl. u.A.: W.Gerber, S.39 ff.; Duhmer, Öffentl.Vermögen II, S.34; Göppert, S.8 ff; Guggenheim, S.3; Huber, Wirtschaftsstaat, S.18; Strickrodt, S.5 u. S.35; Tschierschky, S.46.

24) Siehe hierzu: Duhmer, aaO, S.36; H.Gerber, S.32; Gütebier, S.3 ff.; Haussmann, ÖH, S.28; Heusser, S.12 f.; Huber, WiVwR Bd.1, S.34f.; Hug, S.132; Saitzew, Öffentliche Unternehmung, S.18 f. u.S.73; ders., Interventionismus, S.321 ff.; Scheuner und Schüle, VVDStRL Bd.11, S.1 u.S.75 ff.;

25) Staudinger, S.9.

II. Die juristisch-systematisierende Betrachtungsweise

Dieser kurze Hinweis auf den größeren Rahmen soll genügen, da sonst ein Abgleiten in die nationalökonomisch-politische Polemik unvermeidbar würde[26]. Im folgenden wird daher von einer Stellungnahme zu diesen Fragen bewußt Abstand genommen werden, soweit das möglich ist. Es soll vielmehr die s y s t e m a t i s c h e Betrachtungsweise in den Vordergrund gestellt werden.

Ausgehend von der Tatsache, daß sich in der Bundesrepublik und in vielen anderen Staaten ein mehr oder weniger großer Teil der Wirtschaftstätigkeit in eigenen Unternehmungen der öffentlichen Hand vollzieht, soll, frei von jeder ideologischen Wertung, der systematische Standort dieser Tätigkeit innerhalb der Gesamtwirtschaft aufgezeigt werden. Damit soll sowohl die für das Verständnis notwendige Charakterisierung als auch die für eine Umgrenzung unerläßliche Fixierung des Untersuchungsgegenstandes erreicht werden. Diese einordnende Standortbestimmung ist umso wichtiger, als sich beim Studium der äußerst zahlreichen Stellungnahmen zu dem Thema der öffentlichen Hand in der Wirtschaft der Eindruck aufdrängt, als fehle es weitgehend an einer ganzheitlich-systematischen Sicht[27].

Die Ursache hierfür ist vor allem eine auf diesem Gebiet besonders hervorstechende Begriffsunsicherheit. Nicht ohne Grund beklagt man sich darüber, daß steuer-, wirtschafts- und verwaltungsrechtliche Begriffe, soziologische und nationalökonomische Kategorien, allgemein übliche Bezeichnungen und höchst private Termini einzelner Autoren wild durcheinander gingen und daß bei jeder Diskussion peinliche Mißverständnisse entstünden solange keine Klarheit über Begriffe herrsche wie z.B. "Öffentliche Wirtschaft" und "Gemeinwirtschaft", "öffentliche, erwerbswirtschaftliche, gemeinnützige Unternehmungen bzw. Betriebe"[28]. Die genannten Bezeichnungen sind

---

26) Vgl. Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.130, Anm.43.

27) Strickrodt, S.29: "Es bleibt trotz aller Bemühungen um eine ideelle und organisatorische Standortbestimmung der staatlichen Wirtschaftsunternehmen irgendwie der Eindruck eines nicht ganz stabilen, eines mehr frei schwebenden Systems bestehen".

28) von Eynern, S.14; Duhmer, Bemerkungen, S.42.

zwar gebräuchlich, aber vielfach werden mit ihnen gleiche Objekte verschiedenartig bewertet und verschiedene Objekte mit den gleichen Ausdrücken belegt. Nur eine sorgfältige Analyse kann sie zum Anknüpfungspunkt der wissenschaftlichen Untersuchung machen. Es bewahrheitet sich hier die Feststellung K ö t t g e n s , daß die Fruchtbarkeit eines Begriffes durch mangelnde Schärfe ungünstig beeinflußt wird, da an einen indifferenten Begriff keine nennenswerten Konsequenzen geknüpft werden können[29]. Besonders eine rechtswissenschaftliche Untersuchung kann auf den Begriff als Denkkategorie nicht verzichten, sondern ist notwendig und wesensmäßig auf eine scharfe Begriffsbildung angewiesen.

Die Folge des Fehlens einer ganzheitlichen Sicht ist die häufig anzutreffende Über- bzw. Unterbewertung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit. Hierzu kommt es, wenn man den Blick zunächst auf den statistisch erfaßten Umfang öffentlicher Unternehmungen richtet und diesen entweder als zu groß oder als zu klein bezeichnet. Gewiß ist die Kenntnis des Umfangs einer Erscheinung auch wichtig, jedoch wird der Umfang einer Teilerscheinung - hier der wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand innerhalb der Gesamtwirtschaft - immer eine relative Größe bleiben, wenn man den Teil nicht in den Gesamtzusammenhang stellt.

Das Aufzeigen des systematischen Standorts unter gleichzeitiger Herausarbeitung klarer und adäquater Begriffe soll daher an den Anfang einer Charakterisierung der wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand gestellt werden.

---

29) Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.111.

B. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit als Teilbereich der Öffentlichen Wirtschaft.

Die Gesamtwirtschaft (Volkswirtschaft) zerfällt in einen Bereich privater Wirtschaftstätigkeit (Privatwirtschaft) und in einen Bereich öffentlicher Wirtschaftstätigkeit (Öffentliche Wirtschaft). Gelegentlich wird diese durchaus übliche Gegenüberstellung als unzweckmäßig und überholt kritisiert[3o], jedoch ist sie theoretisch wie praktisch ebenso angebracht und unumgänglich wie etwa die Gliederung der Rechtswissenschaft in einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil. An der Antithese "Privatwirtschaft - Öffentliche Wirtschaft" ist daher festzuhalten[31].

Die Frage ist nun, welchen Platz die wirtschaftliche Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand innerhalb dieser beiden Bereiche einnimmt; oder stellt sie etwa selbst einen dieser beiden Bereiche - nämlich den der Öffentlichen Wirtschaft - dar?

I. Privatwirtschaft - Öffentliche Wirtschaft - Gemeinwirtschaft

1. Öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und Privatwirtschaft

Wenn die öffentliche Hand in ihrer Unternehmereigenschaft am Wirtschaftsleben als Produzent und Händler teilnimmt, so mag es nicht ganz fern liegen, sie in

---

3o) Hellwig, S.14 ff. Trotz seiner Kritik wendet er den Ausdruck Öffentliche Wirtschaft "der Einfachheit halber" im weiteren Verlauf seiner Ausführungen selbst an, vgl. S.16 ff.

31) Zu diesem Ergebnis gelangt auch die terminologische Untersuchung von W.Gerber, S.39 ff., insbesondere S.42 und S.44. Auch Huber, WiVwR, nimmt eine klare Trennung zwischen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit (4. Teil seines Werkes) und privater Wirtschaftstätigkeit (5. Teil) vor. Glum (S.144) zufolge ist die Gegenüberstellung von Privatwirtschaft und Öffentlicher Wirtschaft sprachgebräuchlich. - Zu den besonderen Aufgaben der Öffentlichen Wirtschaft im Gegensatz zur Privatwirtschaft vgl. Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.191. Ritschl, DÖW 1955, S.46: "Die beiden Bereiche ergänzen sich und setzen sich gegenseitig voraus".

dieser Eigenschaft dem Bereich der Privatwirtschaft zuzuordnen. So wird denn auch nicht selten von "privatwirtschaftlicher Betätigung" oder "Privatwirtschaft der öffentlichen Hand" gesprochen[32]. Hierbei wird jedoch unangebrachtermaßen die Unternehmensträgerschaft außer Betracht gelassen.

Privatwirtschaft ist der Bereich der Gesamtwirtschaft, in dem die Wirtschaftstätigkeit von Privathand (privaten Einzelpersonen oder privaten Personenvereinigungen) ausgeübt wird. Unternehmensträger (Eigentümer oder Anteilsberechtigte) sind private (natürliche oder juristische) Personen, die ihre Unternehmung nach privatwirtschaftlichen Prinzipien lenken und verwalten. Im Gegensatz dazu ist die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit - mag sie sich auch privatrechtlicher Organisationsformen bedienen und nach privatwirtschaftlichen Prinzipien ausgerichtet sein - dadurch gekennzeichnet, daß als Unternehmensträger die öffentlichen Gebietskörperschaften auftreten. In ihren Händen ("öffentliche Hand") liegt Eigentum und Verwaltung der öffentlichen Unternehmungen, die aus diesem Grunde auch als "verwaltungseigene" Unternehmungen bezeichnet werden[33]. Mitwirkung Privater an der Unternehmensträgerschaft findet lediglich in beschränktem Umfang bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen statt. Öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ist der Bereich der Gesamtwirtschaft, in dem die Wirtschaftstätigkeit vorwiegend durch öffentliche Körperschaften als Unternehmensträger, fast ohne jegliche Mitwirkung Privater, ausgeübt wird.

Hieraus wird der Unterschied ersichtlich zwischen privater und öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit. Die Bezeichnung der letzteren als Privatwirtschaft der öffentlichen Hand ist als unkorrekt abzulehnen.

---

32) U.a.: Frey, Die Privatwirtschaft der öffentlichen Hand, insbes.S.19; Huber, WiVwR. Bd.1, S.44, 54, 519 ff.; Vialon, S.3o.

33) Vgl. unten S. 38 , Anm. 111).

2. Öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und Öffentliche Wirtschaft

Es fragt sich weiter, ob die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit begrifflich etwa identisch ist mit der Öffentlichen Wirtschaft, oder ob sie dieser nur zugehörig ist. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, was man unter Öffentlicher Wirtschaft versteht und welche Spannweite man diesem Begriff beilegt.

a) Begriff und Betätigungsgebiet der Öffentlichen Wirtschaft.

H u b e r definiert die Öffentliche Wirtschaft als die "Tätigkeit eines von der öffentlichen Verwaltung selbst geführten verwaltungseigenen Unternehmens oder eines von der öffentlichen Verwaltung mit öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsbefugnissen ausgestatteten beliehenen Unternehmers"[34]. B r a n d t bezeichnet sie als eine "Tätigkeit, bei der ein öffentlicher Verband als Unternehmer materielle Güter erzeugt und sie, sowie Dienstleistungen, im Tauschverkehr anbietet, wobei das Ziel verfolgt wird, der Gesamtheit durch eine reichlichere Versorgung zu günstigeren Bedingungen, als es die private Wirtschaft vermag, zu dienen"[35]. In beiden Definitionen kommt die häufig anzutreffende Ansicht zum Ausdruck, daß Öffentliche Wirtschaft gleichbedeutend ist mit wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand[36]. Diese Ansicht soll keineswegs abgewertet oder gar als falsch abgetan werden, denn allgemein verbindliche Maßstäbe sind nicht vorhanden. Es sei deshalb lediglich als Diskussionsvorschlag gewertet, wenn hier der Auffassung der Vorzug gegeben wird, daß der Begriff der Öffentlichen Wirtschaft weiter zu fassen ist. So bezeichnet es G l u m [37] wohl mit Recht als nicht wün-

34) Huber, WiVwR. Bd.1, S.479.

35) Brandt, S.8 u. S.11.

36) Bayer und Milhaud, S.1o u.S.12; Nemschak, S.184. Auch Köttgen, Erwerbswirtschaft, versteht unter Öffentlicher Wirtschaft nur die Erwerbswirtschaft der öffentlichen Unternehmungen.

37) Glum, S.144.

schenswert, die Öffentliche Wirtschaft nur in der Begrenzung auf die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates und der übrigen Verbände zu verstehen; es gehöre vielmehr ein größerer Tätigkeitskomplex dazu als die unmittelbare wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Verbände. Man braucht dabei allerdings nicht so weit auszugreifen wie K r u s e [38], für den die Öffentliche Wirtschaft im weiteren Sinne gleichbedeutend ist mit der Gesamtwirtschaft. Hierbei findet der sicher richtige Gedanke seinen Ausdruck, daß letztlich alle Wirtschaftsgebilde, auch die, die sich weder direkt noch indirekt um das Wohl der Gesamtheit kümmern, in der modernen Gesellschaftsordnung in irgendeiner Weise der Gesamtheit dienen und damit in einem weiteren Sinne öffentlich sind. Jedoch führt ein solches Abstellen auf die Gesamtheitsbezogenheit wirtschaftlicher Tätigkeit zu einer Aufweichung der Grenzen zwischen den Bereichen der Privatwirtschaft und der Öffentlichen Wirtschaft.

Man sollte aber dem Bereich der Öffentlichen Wirtschaft - neben der eigenen wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit - auch diejenigen Maßnahmen und Tätigkeiten zuordnen, durch die die öffentliche Hand ordnend und verwaltend in das (private) Wirtschaftsleben eingreift[39]. Dieser Eingreifen erfolgt durch Überwachung, Ermutigung und unmittelbare Geschäftsführung sowie durch Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft und deren Unterstützung oder Reglementierung. Als Maßnahmen und Tätigkeiten wären hier etwa zu nennen: staatliche Vorschüsse und Subventionen, soziale Umschichtungen, konjunktur-, steuer- und handelspolitische Einflußnahmen, Vorbereitung und Durchführung wirtschaftsrechtlicher Gesetzgebungsmaßnahmen[40]. Insbesondere T a u t s c h e r [41]

---

38) Kruse, S.27.

39) Diese Dreiteilung von Staatseingriffen nimmt Richter, S.8o, vor.

4o) Von Richter, S.8o, werden als Einzelbeispiele noch genannt: Überlassung von Bauland, Gewährung von Fahrpreisermäßigungen, Ausfuhrerleichterungen.

41) Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.71 f. u. S.185.

weist allen diesen "Institutionen" oder "Instrumenten der Volkswirtschaftspolitik des Staates und seiner Körperschaften" ihren Platz in dem Bereich der Öffentlichen Wirtschaft zu. Durch Wahrnehmung all dieser volkswirtschaftlich eminent wichtigen Aufgaben betätigen sich öffentliche Körperschaften mit direktem Bezug auf das Wirtschaftsleben, jedoch durchaus nicht immer unternehmerisch oder gar erwerbswirtschaftlich.

So gesehen ist das Betätigungsgebiet der öffentlichen Wirtschaft nicht beschränkt auf das Erzeugen und Anbieten von materiellen Gütern oder Dienstleistungen durch eigene Unternehmungen der öffentlichen Hand, sondern ist es erheblich umfassender. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ist dann nur eine unter mehreren anderen Betätigungsarten öffentlicher Wirtschaftstätigkeit[42]. Sie ist e i n Gebiet der Öffentlichen Wirtschaft, wenn auch nur ein T e i l gebiet.

Schließt man sich dieser Auffassung an, so kann man folgende Definition aufstellen: Öffentliche Wirtschaft ist der Bereich der Gesamtwirtschaft, in dem die Wirtschaftstätigkeit von der öffentlichen Hand dadurch ausgeübt wird, daß diese mit fördernden, ausgleichenden und regulierenden wirtschaftspolitischen Maßnahmen sowie durch Betätigung in eigenen Wirtschaftsunternehmen verwaltend und gestaltend in das Wirtschaftsleben eingreift bzw. selbst daran teilnimmt.

Diese Begriffsbestimmung bringt die Vielgestaltigkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit zum Ausdruck, schafft die notwendige Abgrenzung zum Begriff der Privatwirtschaft und weist der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit den ihr

---

42) Vgl. Tautscher, der die öffentlichen Unternehmungen als "eine Institution der Öffentlichen Wirtschaft" neben eine Reihe anderer solcher Institutionen stellt, aaO, S.71. Ders. im gleichen Sinne in: ZGStW Bd.1o6, S.1 ff. u. Bd.1o9, S.399 ff. Auch Muthesius, S.73o f., tritt für eine weite Fassung des Begriffs der öffentlichen Wirtschaft ein und rechnet beispielsweise dazu "das ganze System von öffentlichen Zwangsversicherungen jeder Art, ferner den Komplex des sozialen Wohnungsbaus zusammen mit dem Mietstop und der Wohnungsbewirtschaftung."

gebührenden Platz innerhalb der Gesamtwirtschaft zu. Sie macht die Doppelstellung deutlich, die der Staat und die übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften unter wirtschaftlichem Aspekt einnehmen, nämlich einmal Glied der Wirtschaftsgemeinschaft und zugleich ihr hoheitlicher Gestalter zu sein[43].

b) Der Begriff der Gemeinwirtschaft.

Die "Öffentliche Wirtschaft" und die "öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit" werden häufig in Verbindung gebracht mit dem Begriff der "Gemeinwirtschaft". Bei Verwendung dieses Begriffs, der in der Mitte des 19. Jahrhunderts in der nationalökonomischen Literatur aufkam und später auch Eingang in die Gesetzgebung fand[44], muß man sich folgendes vor Augen führen:

1. Er steht in enger Beziehung zu Sozialisierungs- und Planungsbestrebungen[45]. So hat man darunter "die zugunsten der Volksgemeinschaft planmäßig betriebene und kontrollierte Volkswirtschaft"[46] und "die Unterstellung wirtschaftlicher Unternehmen unter die öffentliche Planung (unter Ausschaltung der Privatinitiative)"[47] verstanden. B a l l e r s t e d t hält es zwar für willkürlich, das Wort zur Bezeichnung sozialistischer Forderungen zu reservieren, trägt aber zur Begriffsklärung kaum etwas bei, wenn er vorschlägt, den Ausdruck stattdessen "zur Bezeichnung einer rechtlich geordneten Wirtschaft" oder als "das, was

---

43) Ballerstedt, JZ 1951, S.49o, Anm.32.

44) Zuerst in das preußische Gesetz betr. die Bildung von Wassergenossenschaften von 1879, (GS.,S.297) und später in andere preußische Gesetze, dann auch in die Weimarer Reichsverfassung: Art. 7 Nr.13 und Art.156 Abs. II WRV und in das Grundgesetz: Art. 15 GG.

45) W.Gerber, S.42: "Der Terminus Gemeinwirtschaft ist in seiner eigentlichen Bedeutung begrifflich der Ausdruck einer rein sozialistischen Wirtschaftsorganisation"; Gieseke, S.1 Anm.1, S.5 f. und S.1o. Mises nennt sein Werk "Die Gemeinwirtschaft" im Untertitel bezeichnenderweise: "Untersuchungen über den Sozialismus".

46) Moellendorf, S.119.

47) Maunz, S.141.

jeder rechtlich denkende Mensch in Deutschland heute ersehnt" zu verwenden[48]. Aus solchen vagen Umschreibungen wird nur die Vieldeutigkeit des Wortes Gemeinwirtschaft ersichtlich[49]. Welche außerordentlichen Schwierigkeiten es bereitet, dem Wort seine Vieldeutigkeit zu nehmen und ihm einen halbwegs praktikablen Sinn zu geben, zeigen die Versuche, die der Terminologieausschuß der Gesellschaft zur Förderung der öffentlichen Wirtschaft jahrelang in dieser Richtung anstellte[50]. Das macht es auch erklärlich, daß das Wort "Gemeinwirtschaft" als Rechtsbegriff wenig brauchbar ist[51] und seine juristisch-exakte Erfassung von jeher problematisch war[52]. Man wird allenfalls sagen können, daß es sich dabei um eine gesellschaftswissenschaftliche Kategorie zur Umschreibung eines bestimmten Zustands in der Wirtschaft handelt.

2. Ein solcher gemeinwirtschaftlicher Zustand besteht dort, wo das Wirtschaften einer gemeinnützigen Zweckbestimmung gewidmet ist, wo es bewußt auf das "Wohl einer übergeordneten Gesamtheit" oder eines "öffentlichen Interesses" abgestellt ist[53]. Wo Wirtschaftstätigkeit unter diesen Gesichtspunkten vorgenommen wird, spricht man zutreffend davon, daß sie nach dem "gemeinwirtschaftlichen Prinzip" ausgerichtet ist[54]. Im Gegensatz dazu steht das erwerbswirtschaftliche Prinzip, das

---

48) Ballerstedt, JZ 1951, S.486, Anm.4.

49) Vgl. die vielen Deutungen des Wortes bei Gieseke, insbesondere S.4 f. und S.9 f., wo auch dargelegt wird, daß der Begriff nicht einmal innerhalb der Reichsverfassung einheitlich gebraucht wurde. Hierzu ferner: ArchöfU Bd.1 (1954), Heft 2, S.169 f.

50) Vgl. die Definitionen des Terminologieausschusses in: ArchöfU Bd.1 (1954), Heft 3, S.276 ff. und Stellungnahmen dazu von Rittig, ebenda, S.214 ff.

51) Bischoff, S.63, Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.12o, Anm.24; Rittig, aaO.

52) Vgl. insbes. Gieseke, S.1-4. Ferner: Kruse, S.36 u. 62; Niebuhr, S.33.

53) Vgl. Rittig, aaO, S.221.

54) Gieseke, S.1; Schnettler, S.21 ff.

dort gegeben ist, wo Gewinnabsicht und Eigennutz des Unternehmers im Vordergrund stehen. Die Unternehmungen der Privatwirtschaft folgen in aller Regel dem erwerbswirtschaftlichen Prinzip, (daher: erwerbswirtschaftlich = privatwirtschaftlich)[55]. Bei den öffentlichen Unternehmungen ist das durchaus nicht immer der Fall. Hier gibt es (s.u. S.40 ff.) neben den (ertragsorientierten, auf Gewinnerzielung ausgerichteten) Unternehmungen, die erwerbswirtschaftlichen Prinzipien unterliegen, auch solche, die nach gemeinwirtschaftlichen Prinzipien ausgerichtet sind[56].

3. Die häufig anzutreffende Verwechslung bzw. unbedenkliche Gleichsetzung der Begriffe "Gemeinwirtschaft" und "Öffentliche Wirtschaft"[57] sollte vermieden werden. Methoden, Ziel und Begriffsinhalt können bei beiden sehr verschieden sein. Ersterer dient zur Bezeichnung für eine Zweckrichtung in der Wirtschaft, letzterer für einen Tätigkeitsbereich der Wirtschaft. Im Bereich der Öffentlichen Wirtschaft werden auch Tätigkeiten vorgenommen und Einrichtungen unterhalten, die durchaus nichts mit "Gemeinwirtschaft" zu tun haben, nicht als "gemeinwirtschaftlich" zu bezeichnen sind. Es ist alle von der öffentlichen Hand betriebene Wirtschaft "Öffentliche Wirtschaft", jedoch nicht stets "Gemeinwirtschaft"[58].

---

55) Diese Regel erfährt allerdings ihre bedeutende Durchbrechung bei den freigemeinwirtschaftlichen und freigemeinnützigen Unternehmungen, s.u. S. 30.

56) Nach Ansicht des soeben (in Anm.5o) genannten Terminologieausschusses soll die Vermutung dafür sprechen, daß a l l e Unternehmungen der öffentlichen Hand gemeinwirtschaftlich sind. Rittig, ArchöfU, S. 222, bezeichnet diese Vermutung zutreffend als "etwas kühn".

57) Eine solche Verwechslung liegt z.B. vor bei Bayer, S.1o und bei Nemschak, S.189.

58) Vgl. Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.12o, Anm.24.

II. Öffentliche Wirtschaft und öffentliche Verwaltung

Im Sinne der Ausgangsdefinition sind dem Bereich der Gesamtwirtschaft, der hier als Öffentliche Wirtschaft gekennzeichnet wurde, zuzurechnen:

1. Das Eingreifen der öffentlichen Hand durch verwaltende und gestaltende Maßnahmen und Tätigkeiten, die in direktem Bezug zum Wirtschaftsleben stehen.
2. Die Teilnahme am Wirtschaftsleben durch eigene Unternehmertätigkeit.

Beide Bereiche öffentlicher Wirtschaftstätigkeit haben gemeinsam, daß in ihnen die öffentliche Hand - wenn auch auf verschiedenen Ebenen - verwaltend tätig wird, Wirtschaftsverwaltung ausübt. Auf der erstgenannten Ebene nimmt sie in Ausführung wirtschaftspolitischer Grundentscheidungen hoheitliche Eingriffsverwaltung vor (= öffentliche Wirtschaftsverwaltung i.w.S.), auf der zweitgenannten die sogenannte "Betriebsverwaltung"[59] (= öffentliche Wirtschaftsverwaltung i.e.S.)[60]. F o r s t h o f f drückt diesen Tatbestand so aus: "Die gestaltende Funktion der Verwaltung tritt in zwei Formen in Erscheinung: durch hoheitliche Gestaltung der Sozialordnung im Wege des Eingriffs und durch aktive Teilhabe des Staates (oder sonst eines Trägers öffentlicher Verwaltung) an den Funktionen des Soziallebens: Der Staat wird selbst Produzent, Händler oder Verteiler von Verkehrsgütern"[61].

Sowohl im weiteren wie im engeren Sinne ist die öffentliche Wirtschaftsverwaltung eine Kategorie der öffentlichen Verwaltung des Staates und der sonstigen öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften. Es kommt Wirtschafts-

---

59) Fleiner, S.12o ff.; Frey, S.22; Sigloch, S.25.

6o) Von anderen wird in diesem Zusammenhang - je nach dem Ausgangspunkt der systematischen Untersuchungen - auch von "Verwaltung im weiteren Sinne" (Fleiner, S.12o ff.; Gütebier, S.16 u. S.65 f.) oder von "Öffentlicher Wirtschaft im engeren Sinne" (Kruse, S.28ff.) gesprochen.

61) Forsthoff, Lehrb., S.68.

verwaltungsrecht zur Anwendung[62]. Der gelegentlich anzutreffende Versuch, das Gebiet der öffentlichen Wirtschaft von dem der öffentlichen Verwaltung zu trennen und beide Gebiete als wesensverschieden hinzustellen[63], dürfte nicht durchführbar sein[64].

Abgegrenzt ist der Bereich der öffentlichen Wirtschaftsverwaltung einmal gegen den der privaten Wirtschaftstätigkeit, in dem die Verwaltung von privater Hand erledigt wird und zum anderen gegen den der außerwirtschaftlichen öffentlichen Verwaltung, in dem Institutionen, Vorgänge und Projekte ohne direkten Bezug auf das Wirtschaftsleben der öffentlichen Verwaltung unterliegen, wie z.B. die Kultusverwaltung, Justizverwaltung, Wehrverwaltung.

Für die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ist die Zugehörigkeit zur öffentlichen Verwaltung besonders hervorzuheben. Das ist deshalb notwendig, weil aus vielen Gründen immer mehr das Bestreben vorherrschend geworden ist, die öffentlichen Unternehmungen aus dem eigentlichen Verwaltungsapparat auszugliedern[65]. Dieses Bestreben hat dazu geführt, daß heute ein großer Teil der öffentlichen Unternehmungen rein privatwirtschaftlich arbeitet und hinsichtlich des Zustandekommens, der Organisationsform und der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit privatrechtlichen Grundsätzen folgt[66]. F o r s t h o f f

---

62) Vgl. Huber, WiVwR. Bd.1, S.18: "Das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist der Inbegriff der Rechtseinrichtungen und rechtlichen Maßnahmen, mit denen die öffentliche Verwaltung mit administrativen Mitteln entweder auf die privatwirtschaftliche Ordnung gestaltend einwirkt oder selbst wirtschaftlich tätig wird. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist ein selbständiger Teil des sog. besonderen Verwaltungsrechts."

63) Köttgen, Erwerbswirtschaft, S.17 u.S.24, macht den "Versuch einer reinlichen Scheidung zwischen öffentlicher Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung".

64) So auch Gütebier, S.4.

65) Frey, S.23.

66) Zu den privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmungen als Bestandteil der öffentlichen Verwaltung s.u. S. 58f.

weist darauf hin, daß man der Gefahr nicht immer entgangen sei, zu übersehen, daß es sich auch hier weitaus überwiegend um Verwaltung handele, und daß auch die sogenannten erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen der öffentlichen Hand im unmittelbaren Dienst der Verwaltung stünden, selbst wenn sie in privatrechtliche Rechtsform gekleidet seien. Richtungweisend ist seine Feststellung: "Die öffentliche Unternehmung i s t eine Organisationsform der öffentlichen Verwaltung, ihre Tätigkeit ist Verwaltung im funktionellen Sinne"[67]. R i c h t e r sagt hierzu: "Die Zugehörigkeit eines Wirtschaftsbetriebs der öffentlichen Hand zur öffentlichen Verwaltung ist jedenfalls so lange nicht zu bestreiten, als die verwaltende Staatstätigkeit nur negativ von Gesetzgebung und Rechtsprechung abgegrenzt wird"[68].

C. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit als Teilbereich der allgemeinen öffentlichen Unternehmertätigkeit

Bevor auf die Eigenheiten und konkreten Erscheinungsformen der öffentlich- w i r t s c h a f t l i c h e n Unternehmertätigkeit eingegangen wird[69], soll deren systematischer Standort innerhalb der a l l g e m e i n e n öffentlichen Unternehmertätigkeit festgelegt werden. Hierbei ergeben sich eine Reihe von Vorfragen, deren Beantwortung sowohl der Standortbestimmung als auch der Abgrenzung zu verwandten Begriffen und Erscheinungen dient.

Die erste Vorfrage bezieht sich auf das gegenseitige Verhältnis der Bezeichnung "öffentliches Wirtschaftsunternehmen", "öffentliche Unternehmung", "öffentliches Unternehmen". Sind diese Bezeichnungen gleichbedeutend und daher beliebig untereinander austauschbar? (Eine Auffassung, der man in der

---

67) Forsthoff, Lehrb., S.68 f. u. S.452.

68) Richter, S.95. Vgl. auch Torz, S.2o6 r.Sp.: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand als Teil des Verwaltungsrechts.

69) Siehe unten 2. Abschnitt des 1. Teils, S.35 ff.

einschlägigen Literatur direkt oder indirekt immer wieder begegnet.) Sind die beiden letzteren Bezeichnungen vielleicht nur sprachliche Kurzformen der ersteren bei sonst inhaltlicher Identität? Sind, mit anderen Worten, alle öffentlichen Unternehmen zugleich auch als öffentliche Wirtschaftsunternehmen oder als öffentliche Unternehmungen anzusprechen und umgekehrt? Oder gibt es auch öffentliche Unternehmen, die nicht zugleich öffentliche Unternehmungen sind und umgekehrt?

Die Beantwortung dieser Fragen ist nur möglich durch eine Analyse der Begriffe "Unterneh m e n" und "Unterneh m u n g"[70]. Während bei der Betrachtung dieser grundlegenden Begriffe zunächst die spezielle Ausdeutung außer Acht gelassen werden kann, die diese im Bereich der ö f f e n t l i c h e n Wirtschaftstätigkeit erfahren, muß sodann eine weitere Vorfrage lauten: Wann ist eine Unternehmung bzw. ein Unternehmen als "öffentlich" anzusehen?[71]

I. Die Begriffe "Unternehmung" und "Unternehmen"

Um die Begriffe "Unternehmung" und "Unternehmen" bemüht man sich sowohl in der Wirtschafts- wie in der Rechtswissenschaft. Dabei werden hier wie dort die beiden Begriffe oft als gleichbedeutend angesehen. Man beschränkt sich zumeist darauf, die Unternehmung (und das als gleichbedeutend angesehene Unternehmen) gegen den Begriff des "Betriebes" abzugrenzen[72].

---

70) Im folgenden unter I. und II., 1.

71) Im folgenden unter II., 2., S.36 und im 2. Abschnitt, A.I., S.37.

72) Der Abgrenzung Unternehmung - Betrieb kommt für die nachfolgenden Untersuchungen keine Bedeutung zu, da es sich bei beiden Ausdrücken um die Bezeichnung einer wirtschaftlichen Einheit handelt. Als die jeder Unternehmung zugrundeliegende technische Apparatur ist der "Betrieb" für die hier anzustellende juristische Betrachtung und Begriffsbildung weniger interessant als etwa für die betriebswirtschaftliche Sicht. Im Rahmen dieser Untersuchung wird daher von (öffentlichen) Unternehmungen und nicht von (öffentlichen) Betrieben gesprochen werden.

Untersuchungen des Verhältnisses Unternehmen - Betrieb finden sich u.a. bei: Brecher, S.117 ff.; E.Jacobi, S.3ff. u.S.23 ff.; Passow, Betrieb, S.1 ff.u.S.41 ff.; Saitzew, Öffentl.Untern.S.9 f.; Zwiedineck-Südenhorst, S.116 ff. Zum Betriebsbegriff vgl. auch RGZ 113/89.

Im Interesse einer klaren Begriffsbildung ist es jedoch empfehlenswert und notwendig, auch die Begriffe "Unterneh m u n g" und Unterneh m e n" auseinanderzuhalten und sie einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen.

1. Der Begriff der "Unternehmung"

a) Der ökonomische Unternehmungsbegriff.

Eine der modernsten wirtschaftswissenschaftlichen Stellungnahmen zum Begriff der Unternehmung findet sich bei S c h n e t t l e r [73]. Als deren Ergebnis können folgende Punkte herausgestellt werden: Mit dem Begriff der Unternehmung soll das Rechtskleid der Einzelwirtschaften (der Betriebe) gekennzeichnet werden. Seine Funktion ist es, die organisatorische und rechtliche Gestaltung einer Einzelwirtschaft zu umfassen. Als bedeutendste Merkmale des Begriffes treten hervor:

1. Die Selbständigkeit gegenüber anderen Einzelwirtschaften,
2. das unternehmerische Risiko,
3. das Verfolgen erwerbswirtschaftlicher Ziele, d.h. die Gewinnerzielungsabsicht.

Die Summe aller unter ökonimischen Aspekten gewonnenen Merkmale soll hier als der ökonomische Unternehmungsbegriff bezeichnet werden. Er ist als Ausgangspunkt und Grundlage für die Betrachtung aller privatwirtschaftlichen Unternehmungen sowie der ertragsorientierten öffentlichen Unternehmung durchaus brauchbar; er versagt jedoch bei Betrachtung der vorwiegend gemeinnützigen öffentlichen Unternehmungen[74].

---

73) Schnettler, S.16 ff; vgl. auch Passow, Betrieb, S.46 ff.

74) Siehe 2. Abschnitt, B.I., 2., S.43 f.

b) Der juristische Unternehmungsbegriff.

An der Richtigkeit der von Schnettler herausgestellten Funktion der Unternehmung als R e c h t s kleid der Einzelwirtschaften besteht allgemein kein Zweifel. Hieraus erklärt es sich, daß auch aus rechtlicher Sicht der Unternehmungsbegriff von Interesse ist.

Es finden sich daher zahlreiche Bestrebungen, nach einem besonderen Rechtsbegriff der Unternehmung zu suchen[75]. Dabei weichen die unter rechtlichen Gesichtspunkten gewonnenen Vorstellungen vom Begriff der Unternehmung teilweise von den wirtschaftswissenschaftlichen Vorstellungen hierüber ab. Es wird eine Trennung des Rechtsbegriffs von dem des ökonomischen Begriffs verlangt. Diese Forderung wird mit der Verschiedenheit der Grundeinstellung und der Blickrichtung der beiden Disziplinen begründet. Die aus der Wirtschaftswissenschaft übernommenen Festlegungen des Unternehmungsbegriffs werden als "für die rechtswissenschaftliche Arbeit wenig ergiebig" bezeichnet[76].

Freilich hat man bisher nicht zu einer Einigung über die rechtliche Erfassung des Begriffs kommen können[77]. Dennoch ist ein Ziel dieser Be-

---

75) Eckhardt, S.28; Fechner, Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft; Forsthoff, Lehrb., S.453; Herrnritt, S.232, Anm.6; Jacobi, Betrieb und Unternehmung als Rechtsbegriffe.

76) Ausführlich hierzu Fechner, insbes. S.6-1o.

77) Es bestehen nach wie vor die verschiedensten Ansichten nebeneinander und die Unsicherheit im positiven Recht über den Unternehmungsbegriff dauert fort, da man für jedes Gesetz, in dem die Unternehmung eine Rolle spielt, eine besondere Begriffsbestimmung herausgearbeitet hat. Vgl. Fechner, S.4; Herrnritt, aaO ; Jacobi, S.1 ff.; Schlegelberger-Hildebrandt, § 22 Anm.2 u. 3.

mühungen erkennbar: In dem Rechtsbegriff der Unternehmung sollen die für die juristische Betrachtung bedeutungslosen Modalitäten und Differenzierungen außer Acht bleiben. Unter einer Unternehmung soll der sub specie des Rechts gewürdigte Betrieb verstanden werden[78]. Es soll gewissermaßen eine Freistellung des Unternehmungsbegriffes von rein kommerziellen, volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten und Umschreibungen erreicht und damit eine unerwünschte Einengung vermieden werden.

Der juristische Unternehmungsbegriff kann folgendermaßen definiert werden:
Eine Unternehmung ist der rechtliche Rahmen einer Produktionseinheit, die unter dem Gesichtspunkt der Kostendeckung o d e r der Gewinnerzielung Güter oder Leistungen erzeugt und bereitstellt[79].

c) Das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht.

Die Divergenz der dem ökonomischen Unternehmungsbegriff einerseits und dem juristischen andererseits zugrundeliegenden Auffassungen betrifft vor allem das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht. Das zeigt sich bei einem Vergleich der soeben zitierten Definition Fechners sowie der von Forsthoff herausgestellten Merkmale (des juristischen Unternehmungsbegriffs) einerseits mit den von Schnettler aufgeführten Merkmalen (des ökonomischen Unternehmungsbegriffs) andererseits. Während

---

78) Vgl. Forsthoff, Lehrb., S.453.

79) Diese Begriffsbestimmung ist angelehnt an eine Definition von Fechner, S.16, der jedoch die Unternehmung als eine "sozialrechtliche Einheit eines Personenverbandes" kennzeichnen will ohne zu erklären, was in diesem Zusammenhang "sozialrechtlich" und "Verband" bedeuten sollen. Vgl. zu den Merkmalen des Rechtsbegriffs der Unternehmung auch Forsthoff aaO.

Schnettler und viele andere die erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, d.h. die Absicht der Erzielung maximalen Gewinns, als für den Begriff der Unternehmung wesentlich ansehen und die Unternehmung als "Erwerbswirtschaft" kennzeichnen[80], sehen die Verfechter des juristischen Unternehmungsbegriffes hiervon ab.

F o r s t h o f f (aaO) zählt die Gewinnerzielungsabsicht nicht zu den Merkmalen des Begriffs, F e c h n e r (s. obige Definition) läßt neben ihr die bloße Kostendeckungsabsicht als gleichwertig genügen und J a c o b i erklärt die Beschränkung auf Erwerbszwecke für den Rechtsbegriff der Unternehmung sogar für unzulässig[81]. Die Letztgenannten erachten mithin das Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht für den Begriff der Unternehmung im Rechtssinn als nicht wesensnotwendig.

Wenn man sich dem anschließt, so erlangt der rechtliche Unternehmungsbegriff durchaus seine Bedeutung gegenüber dem rein ökonomischen. In Übereinstimmung mit anderen Verfassern, die es entschieden ablehnen, die Absicht der Gewinnerzielung als wesentliches Merkmal des Unternehmungsbegriffs anzusehen[82], kann man dann den Satz aufstellen, daß das Wort Unternehmung in seiner juristischen Anwendung nicht auf die Kennzeichnung nur von E r w e r b s wirtschaften beschränkt ist[83]. Für die ökonomische und rein privatwirtschaftliche Betrachtungsweise mag es richtig sein, wenn man den Unternehmer kennzeichnet als "ein Wirtschaftssubjekt, das produziert und erwirbt, um durch Weiterveräußerung

---

80) Liefmann, S.7 ff. und passim.
81) Jacobi, S.17, Anm.42.
82) Gütebier, S.14; Sigloch, S.1o.
83) Vgl. Eckhardt, S.29.

des Produzierten und Erworbenen einen Gewinn zu erzielen"[84] - für die vom juristischen Unternehmungsbegriff her angestellte Betrachtung ist dagegen Unternehmergewinn unwesentlich[85].

Ihre besondere Bedeutung wird diese Erkenntnis noch erlangen bei der Untersuchung zu den öffentlichen Unternehmungen, insbesondere den vorwiegend gemeinnützigen, also nicht mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen öffentlichen Unternehmungen[86].

2. Der umfassendere Begriff des "Unternehmens"

Was für den Begriff der Unternehmung zutrifft, daß er nämlich ein unlöslicher Bestandteil der Sprache des Wirtschaftslebens geworden ist, gilt nicht für den des Unternehmens. In seiner ursprünglichen Bedeutung und allgemeinen Anwendung ist dieser sehr viel umfassender als jener und keineswegs auf eine Einrichtung oder ein Vorhaben des Wirtschaftslebens beschränkt. Das Wort Unternehmen vermittelt ganz allgemein die Vorstellung von der Inswerksetzung irgendeines mehr oder minder kühnen Planes, mit dem Risiken verbunden sein können; eine entsprechende Bedeutung wird ihm in der Gesetzessprache beigelegt [87]. Die nicht zu leugnende sprachliche Verwandtheit der beiden Begriffe sollte kein Hinderungsgrund sein, das Wort Unternehmen als den um-

---

84) Philippovich, S.144.

85) Eckhardt, S.28.

86) S.u.2. Abschnitt A.I., S.35 u. B.I.2., S.43.

87) Die Umgangssprache bedient sich des Wortes Unternehmen z.B. zur Bezeichnung von Entdeckungsfahrten ("Unternehmen Südpol") oder von kriegerischen Handlungen ("Spähtruppunternehmen"); für die Anwendung des Wortes in gesetzlichen Bestimmungen vgl. z.B. §§ 87, 1oo d, 1o5, 114, 122, 357 StGB. Dagegen Art. 125 EGBGB: "Verkehrsunternehmungen".

fassenderen Begriff zu erkennen und anzuwenden[88].

Zur Kennzeichnung der wirtschaftlichen Einheit, die als Rechtskleid der Wirtschaftsbetriebe herausgestellt wurde, sollte allein das Wort Unterneh m u n g verwendet werden; das Wort Unterneh m e n hingegen sollte in diesem Zusammenhang gar nicht oder jedenfalls nicht ohne ausdrückliche Kennzeichnung als W i r t s c h a f t s unternehmen gebraucht werden. Ohne eine solche Kennzeichnung ist der Begriff Unternehmen nicht zur Umschreibung einer wirtschaftlichen Einheit oder eines wirtschaftlichen Vorhabens geeignet.

Diese zunächst vielleicht pedantisch oder gar überflüssig anmutende Unterscheidung erlangt ihre eigentliche Bedeutung dadurch, daß sie über die bloße Bezeichnungsfrage hinaus auch eine inhaltliche Verschiedenheit in sich birgt. Der Unterneh m u n g nämlich muß notwendig stets ein Wirtschaftsbetrieb zugrunde liegen, d.h. es müssen Bedarfsgüter erzeugt und verteilt oder Leistungen erbracht werden. F o r s t h o f f ist zuzustimmen, wenn er meint, daß Einrichtungen zur Verfolgung ideeller und damit außerwirtschaftlicher Ziele (Kulturpflege, Unterrichts-, Gesundheitswesen u.ä.) nicht als Betriebe und daher auch nicht als Unternehmungen anzusehen sind[89]. An den Begriff des Unterneh m e n s dagegen sind derartige Anforderungen nicht zu stellen, so daß auch die soeben genannten, außerhalb des reinen Wirtschaftslebens liegenden Einrichtungen, darunter fallen können. Die Bedeutung der vorgenommenen Unterscheidung wird sich besonders bei der folgenden Betrachtung der

---

88) Auch Jacobi, S.18, trennt den umfassenderen Begriff des Unternehmens von dem engeren der Unternehmung. Wegen der Weite des Unternehmensbegriffes lehnt es Brecher, S.128 ab, ihn in eine Definition zu fassen. Siehe zu diesen Fragen insbesondere auch Passow, Betrieb, S.42 ff. u. S.95 ff.

89) Forsthoff, Lehrb., S.453.

öffentlichen Unternehmen und Unternehmungen zeigen.

II. Das öffentliche Unternehmen

1. Die Funktion des Begriffs "öffentliches Unternehmen" als verwaltungsrechtlicher Sammelbegriff

"Öffentliches Unternehmen" ist ein allgemein anerkannter terminus technicus des Verwaltungsrechts[90]. Otto Mayer definiert es als ein durch seinen besonderen Zweck gekennzeichnetes und abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung[91]. Während diese Definition genau die hier vertretenen Ansichten zum Begriff des Unternehmens und speziell des öffentlichen Unternehmens wiedergibt, muß eine andere Umschreibung abgelehnt werden, die die öffentlichen Unternehmen als "gewerbliche Betriebe öffentlicher Körperschaften" bezeichnet[92]. Die vorstehend gemachten Ausführungen zu den Begriffen Unternehmung und Unternehmen sollten klargestellt haben, daß es sich bei einem Unternehmen gerade nicht nur um einen gewerblichen Betrieb zu handeln braucht. Vor der nur allzu häufig vorgenommenen Verwendung des Begriffes öffentliches Unternehmen in dieser beengten Bedeutung muß gewarnt werden, da sonst der ganze Komplex der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit innerhalb der allgemeinen öffentlichen Unternehmertätigkeit nicht richtig gesehen werden kann. Das muß besonders im Hinblick auf die außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen (s.u.S.32) hervorgehoben werden. Öffentliche Unternehmen gibt es sowohl innerhalb des als Öffentliche Wirtschaft gekennzeichneten Bereichs als auch außerhalb dieses Bereichs.

---

90) Jacobi, S.17.
91) Mayer, 2. Bd., S.1.
92) Hettlage, S.28o.

Der Begriff "öffentliches Unternehmen" ist ein ausgesprochener Sammelbegriff, der sowohl Anwendung findet in der Bedeutung eines bestimmten Vorhabens der öffentlichen Hand als auch einer von der öffentlichen Hand getragenen Einrichtung[93]. In der erstgenannten Bedeutung begegnet man ihm etwa im Enteignungsrecht, wo eine Enteignung nur dann für zulässig erklärt ist, wenn sie für ein "öffentliches Unternehmen" notwendig ist (vgl. § 1 Preuss. EnteigG). Solche (enteignungsfähigen) öffentlichen Vorhaben können etwa sein: Bau von Schulhäusern, Anlegung von Straßen[94], Errichtung von Elektrizitätswerken, Ausbau von Wasserläufen[95].

Für die vorliegende Untersuchung ist allein das öffentliche Unternehmen in seiner zweitgenannten Bedeutung, also als eine von der öffentlichen Hand getragene E i n r i c h t u n g , von Interesse. Als solche Einrichtungen sind anzusehen: einmal die öffentlichen W i r t s c h a f t s unternehmen (= öffentlichen Unternehmungen) und zum anderen die außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen[96]. Selbst bei dieser ge-

---

93) Daß auch Mayer das öffentliche Unternehmen in seiner Doppelbedeutung als öffentliches Vorhaben einerseits und als von der öffentlichen Hand getragene Einrichtung andererseits herausgestellt wissen wollte, ergibt sich schon daraus, daß er es (Bd.2, S.1) einmal im Zusammenhang mit der Darstellung von Enteignungsfragen (öffentliches Vorhaben) aufführt und sofort anschließend die öffentlichen Anstalten (öffentlichen Einrichtungen) als eine seiner Darstellungsformen nennt.

94) Vgl. § 1 Allg.Kriegsfolgengesetz v.5.11.1957, BGBl.I S.1747: "Das Unternehmen Reichsautobahn".

95) Vgl. § 153 Abs.I Preuß. Wassergesetz von 1913: "Ausbauunternehmen".

96) S.u. III., S.31: Die Arten öffentlicher Unternehmen.
Daß der Begriff des öffentlichen Unternehmens daneben als drittes auch noch die Behördentätigkeit deckt, wie dies von Jacobi, S.17, angenommen wird, muß allerdings bezweifelt werden.

sonderten Betrachtung nur der einen Komponente des Begriffes öffentliches Unternehmen zeigt sich also noch dessen Funktion als eines Sammelbegriffes, unter dem Gebilde verschiedenen Charakters und verschiedener Organisationsformen zusammengefaßt sind.

2. Die Bedeutung der Kennzeichnung als "öffentliches" Unternehmen

Die Kennzeichnung eines Unternehmens als ein öffentliches besagt zweierlei:

1. Es wird damit zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei dem Unternehmensträger um eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft handelt. Die Qualifikation eines Unternehmens als ein öffentliches leitet sich aus dem Umstand her, daß es von der öffentlichen Hand getragen wird. Nur wenn ein Unternehmen in privaten Händen ist oder in diese übergeführt wird, liegt kein öffentliches Unternehmen vor.
Deshalb sind die volkswirtschaftlich sehr wichtigen sogenannten "freigemeinnützigen" oder "freigemeinwirtschaftlichen" Unternehmen, die sich durch den Zusammenschluß privater gesellschaftlicher Kräfte dem Gemeinwohl widmen[97], keine öffentlichen Unternehmen im technischen Sinne. Das gleiche muß für die sogenannten "beliehenen Unternehmen" gelten. Huber stellt fest, daß sie eine bemerkenswerte Zwischenstellung zwischen öffentlichem und privatem Recht einnehmen. Er definiert den beliehenen Unternehmer als "ein Rechtssubjekt des Privatrechts, dem im Zusammenhang mit seiner unternehmerischen Wirtschaftstätigkeit be-

97) Den von ihm "freigemeinwirtschaftlich" oder "freigemeinnützig" genannten Unternehmen wird besonders von Weisser Beachtung geschenkt: DÖW 1952, S.3 u. S.7, DÖW 1955, S.39; ders. ferner in: ArchöfU. 1954, H. 1. Auch er stellt sie den öffentlichen Unternehmen als eigenständig gegenüber. Gemeint sind die verschiedenen Arten genossenschaftlicher Zusammenschlüsse, ferner Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, private gemeinnützige Wohnungs-u.Siedlungsunternehmen, Banken für Gemeinwirtschaft, Bausparkassen, Büchergilden u.a. Vgl. auch Pröbsting, S.15.

stimmte Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung im Wege der Delegation zugewiesen sind" und die beliehenen Unternehmen als solche, "die durch die öffentliche Verwaltung im Wege der Beleihung mit öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsbefugnissen ausgestattet sind"[98]. Sie gehören zwar dem Bereich der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit an, sind jedoch keine öffentlichen Unternehmen, da die Unternehmensträgerschaft trotz verliehener öffentlich-rechtlicher Befugnisse bei dem Privatrechtssubjekt verbleibt.

2. Die Kennzeichnung als ö f f e n t l i c h e s Unternehmen deutet hin auf ein Tätigwerden nach besonderen, dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzuordnenden Gesichtspunkten; vgl. O. Mayers Definition (oben S. 28): " ..... ein durch seinen besonderen Zweck gekennzeichnetes und abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung". Damit ist angedeutet, daß das öffentliche Unternehmen im Dienste des öffentlichen Wohles stehen, öffentliche Interessen erfüllen und öffentliche Zwecke verfolgen soll.

III. Die Arten öffentlicher Unternehmen

Es gibt zwei Arten öffentlicher Unternehmen (im Sinne von in der öffentlichen Hand befindlichen, der Verwaltung öffentlicher Körperschaften unterliegenden öffentlichen Einrichtungen):

1. die öffentlichen Wirtschaftsunternehmen
   = die öffentlichen Unternehmungen
   und
2. die außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen.

---

98) Huber, WiVwR. Bd.1, S.67, 479 u. 533. Zu den beliehenen Unternehmen siehe ferner: Heymann, S.45 ff., Weber, S.65 u. S.71.

Zu 1. Die öffentlichen Unternehmungen

Unter öffentlichen Unternehmungen sind diejenigen öffentlichen Unternehmen zu verstehen, deren Hauptzweck in einer direkten Teilnahme am Wirtschaftsleben begründet liegt. Von direkter Teilnahme am Wirtschaftsleben ist dann zu sprechen, wenn durch ein Unternehmen Güter produziert bzw. Leistungen angeboten werden gegen ein Entgelt, durch welches Gewinnerzielung oder Kostendeckung angestrebt wird. Je nachdem, ob die Ertragserzielung oder die Kostendeckung im Vordergrund steht, hat man zu unterscheiden: die vorwiegend gewinnsuchenden öffentlichen Unternehmungen (= öffentliche Erwerbsunternehmungen) und die vorwiegend gemeinnützigen öffentlichen Unternehmungen. Beide Gruppen sind in öffentlich-rechtlicher und in privatrechtlicher Organisationsform denkbar und praktisch vorhanden[99].

Zu 2. Die außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen

Die Bezeichnung der zweiten Gruppe öffentlicher Unternehmen als "außerwirtschaftlich" soll besagen, daß hier eine direkte Teilnahme am Wirtschaftsleben, anders als bei den vorstehend genannten öffentlichen Unternehmungen, nicht erfolgt und nicht beabsichtigt ist[100].

Unter diese Bezeichnung fallen alle öffentlichen Vorhaben und Einrichtungen, die im Bereich der Staats- und Gemeindeverwaltung Zwecken dienen, die nicht in unmittelbarem, erkennbarem Zusammenhang mit dem Wirtschafts-

---

99) Näheres hierzu s.u. 2. Abschnitt des 1. Teils, A.I. und B.

100) Voraussetzung für diese Bezeichnung ist es, mit der Auffassung zu brechen, daß der Begriff des Unternehmens nur eine rein wirtschaftliche Einheit umfassen könne, was hier getan wird, vgl. oben C.I. 2., S.26 ff.

leben stehen. Mit Einrichtungen dieser Art sind die vorwiegend in der Form der öffentlichen Anstalt organisierten öffentlichen Unternehmen gemeint wie z.B. Schulen, Krankenhäuser, Feuerwehr, Prüf- und Versuchsanstalten. Das Verhältnis der öffentlichen Anstalten zu der öffentlichen Unternehmertätigkeit wird noch gesondert zu betrachten sein[101]. Zur Klarstellung sei hier bereits gesagt:
Öffentliche Anstalten und Einrichtungen sind in jedem Fall dem Oberbegriff "öffentliche Unternehmen" unterzuordnen[102]. Sie sind in diesem Rahmen - je nachdem, ob eine direkte Teilnahme am Wirtschaftsleben erfolgt oder nicht - entweder öffentliche Unternehmungen öffentlich-rechtlicher Organisationsform (sogenannte Wirtschaftsanstalten) oder aber außerwirtschaftliche öffentliche Unternehmen.

IV. Ergebnisse

Die öffentliche Hand tritt uns in den verschiedensten Vorhaben und Einrichtungen als Unternehmer entgegen. Wir sprechen dabei von allgemeiner öffentlicher Unternahmertätigkeit, ausgeübt in "öffentlichen Unternehmen". Genau wie der Begriff eines Unternehmens allgemein ist der Begriff des ö f f e n t l i c h e n Unternehmens ein Sammelbegriff, der sowohl wirtschaftliche wie ausserwirtschaftliche öffentliche Unternehmertätigkeit umfaßt.
Wo er sich auf speziell w i r t s c h a f t l i c h e Tätigkeit der öffentlichen Hand bezieht, wird mithin

---

101) S.u. 2. Abschnitt B.III., 1.a), S. 51 ff.

102) Vgl. insbesondere: E.Jacobi, S.2o u. S.33 ff. Für den Charakter der öffentlichen Anstalten in dem hier gebrauchten Sinne, also als Unterarten öffentlicher Unternehmen, sprechen sich auch aus, (ohne allerdings den Unterschied zwischen Unterneh m e n und Unterneh m u n g immer scharf herauszustellen): Forsthoff, S.433; Gütebier, S.14 f. u. S.65; Lotz, S.2; Mayer, Bd.2, S.268.

ein Teilbereich der allgemeinen öffentlichen Unternehmertätigkeit angesprochen. Mit anderen Worten: Die wirtschaftliche Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand ist ein Teilbereich der allgemeinen öffentlichen Unternehmertätigkeit.
Die zur Ausübung dieses Teilbereichs geschaffenen Einrichtungen nennen wir "öffentliche Wirtschaftsunternehmen" oder "öffentliche Unternehmungen". Diese beiden synonym zu gebrauchenden Bezeichnungen (im Folgenden wird nur die der "öffentlichen Unternehmung" Verwendung finden) stehen zu der des "öffentlichen Unternehmens" im Verhältnis des Unter- zum umfassenderen Oberbegriff; jede öffentliche Unternehmung (= öffentliches Wirtschaftsunternehmen) ist ein öffentliches Unternehmen, jedoch braucht durchaus nicht jedes öffentliche Unternehmen zugleich eine öffentliche Unternehmung zu sein.

Damit sind die zu Beginn dieses Abschnitts gestellten Vorfragen sowohl systematisch wie begrifflich geklärt, und es kann eine spezielle Betrachtung der öffentlichen Unternehmungen als der eigentlichen Erscheinungsform öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit vorgenommen werden.
(Unten S.145 wird versucht, das Besprochene in einer Übersichtsskizze darzustellen.)

2. Abschnitt

Die Erscheinungsformen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit

A. Begriff und Betätigungsgebiet der öffentlichen Unternehmungen

I. Der Begriff

Der Begriff der öffentlichen Unternehmung (= des öffentlichen Wirtschaftsunternehmens) wurde bereits eingeführt zur Bezeichnung derjenigen öffentlichen Unternehmen, deren Hauptzweck in einer direkten Teilnahme am Wirtschaftsleben begründet liegt[103]. Das Wort "öffentliche Unternehmung" ist nicht allgemein gebräuchlich. Es finden sich in Literatur und Gesetzen folgende Ausdrücke, die zwar in der Bezeichnung von der hier verwendeten abweichen, jedoch inhaltlich zumeist gleichbedeutend sind.

1. Viele ziehen es vor, von "öffentlichen (Wirtschafts-) Betrieben" zu sprechen[104].

2. Häufig werden die öffentlichen Unterneh m u n g e n schlechthin als öffentliche Unterneh m e n bezeichnet ohne Hinweis darauf, daß von Wirtschaftsunternehmen gehandelt werden soll. Dies ist eine Folge der bereits besprochenen Fehleinstellung gegenüber dem Begriff des öffentlichen Unternehmens. Da dieser Begriff - wie oben S. 28 ff. ausgeführt - mehr umfaßt als lediglich die öffentlichen Unternehmungen, (nämlich auch die außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen),ist es zumindest unkorrekt und irreführend, eine Gleichsetzung dieser beiden Begriffe vorzunehmen.

---

103) S.o. 1. Abschnitt C.III. 1., S.32

104) So: Hasenack, Öffentliche Wirtschaftsbetriebe; Heusser, S.17; Schnettler, Öffentliche Betriebe. Vgl. auch oben S.21, Anm. 72.

3. Gebräuchlich sind ferner die Ausdrücke "verwaltungseigene Unternehmungen", "gewerbliche Staatsunternehmen", "staatliche Wirtschaftsunternehmen", "privatwirtschaftliche Unternehmungen der öffentlichen Hand".

4. Sachliche Übereinstimmung besteht mit dem in der Reichsgesetzgebung anzutreffenden Begriff der "von Körperschaften des öffentlichen Rechts unterhaltenen Wirtschaftsbetriebe"[105]. Nicht gleichbedeutend sind dagegen die in Art. 11o Abs. IV GG genannten "kaufmännisch eingerichteten Betriebe" (des Bundes), da diese Vorschrift sich nur auf eine spezielle Art öffentlicher Unternehmungen, nämlich die (Bundes-) Regiebetriebe bezieht[106].

5. Der auf den Gesamtbereich wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand zu beziehende Ausdruck "öffentliche Unternehmungen" ist ferner gleichbedeutend mit dem der "wirtschaftlichen Unternehmen" (oder auch: "Wirtschaftsunternehmen") aus dem gesetzlich geregelten Teilbereich im Gemeindewirtschaftsrecht[107]. Richtiger wäre es, die öffentlichen Unternehmungen auf der Gemeindeebene als "gemeindliche (kommunale) Unternehmungen" (Gegensatz: staatliche Unternehmungen) oder

---

105) Vgl. z.B.: 3. Verordnung zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 6.1o.1931 (RGBl. S.537, 562) und Verordnung vom 3o.3.1933 (RGBl. S. 18).

106) Vialon, S.2o7: Art.11o Abs.IV GG bezieht sich nur auf die Regiebetriebe, nicht auf die in Form selbständiger juristischer Personen des öffentlichen oder des bürgerlichen oder Handelsrecht geführten, dem Bund gehörigen Betriebe.

107) Die meisten Gemeindeordnungen bzw. -verfassungen der Länder haben den Ausdruck "wirtschaftliche Unternehmen" der DGO von 1935 übernommen; vgl. für Niedersachsen: § 89 NGO, für Nordrhein-Westfalen: § 69 GemO f.NRW. Abweichend Bayern: "Wirtschaftliche Unterneh m u n g e n" (Art. 75 Abs.I Bayer. GemO) und Berlin: "Wirtschaftsunternehmen und Betriebe" (Art.8o Verfassung v. Berlin). Loschelder, Die Gemeindeordnungen.

durchweg als "Wirtschaftsunternehmen der Gemeinden" zu bezeichnen. Ihre Kennzeichnung als "wirtschaftliche Unternehmen" ruft den Anschein hervor, als handele es sich stets um e r w e r b s wirtschaftliche Unternehmungen; daß das nicht der Fall ist, wird in anderem Zusammenhang noch hervorzuheben sein[108].

Für die Kennzeichnung einer Unternehmung als ö f f e n t l i c h sind die gleichen Kriterien von Bedeutung, die bei der Untersuchung über die Kennzeichnung eines Unterneh m e n s als ö f f e n t l i c h e s Unternehmen herausgestellt wurden[109]: die Trägerschaft der öffentlichen Hand einerseits und das Tätigwerden nach besonderen, aus der Zugehörigkeit zum Bereich der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit resultierenden Gesichtspunkten andererseits.
Das erste Kriterium wird sehr treffend von F o r s t h o f f in den Satz gefaßt:

> "Die Unternehmung heißt dann eine öffentliche, wenn sie von der öffentlichen Verwaltung getragen wird". 110)

Die Bezeichnung einer Unternehmung als "öffentliche Unternehmung" ist also bedingt durch die Trägerschaft der öffentliche Verwaltung ausübenden Gebietskörperschaften. Man könnte die öffentlichen Unternehmungen daher mit H u b e r auch als "verwaltungseigene" Un-

---

108) Der Terminus "wirtschaftliches Unternehmen" ist keine Tautologie, wie Magnussen (S.6, Anm.2) irrig annimmt, wohl aber der der "wirtschaftlichen Unternehmung" in Art.75 Abs.I der Bayer.GemO. Letztere spricht dann in den folgenden Artikeln auch von Unterneh m e n , so daß möglicherweise ein Redaktionsfehler vorliegt. In Art.75 Abs.II verwendet sie den sehr zutreffenden Ausdruck "gemeindliche Wirtschaftsunternehmen".

109) S.o. 1. Abschnitt C. II.2., S. 30.

110) Forsthoff, Lehrb., S.454. Vgl. auch die sonderbare Formulierung Saitzews: "Eine öffentliche Unternehmung ist eine ö f f e n t l i c h e U n t e r n e h m u n g !" und die sich hieran anschließenden Erläuterungsversuche, (Saitzew, Öffentliche Unternehmung S.8 ff.).

ternehmungen bezeichnen[111]. Das zweite Kriterium besagt, daß man an die öffentliche Unternehmung nicht die gleichen Maßstäbe anlegen darf wie an eine private Unternehmung. Die Besonderheiten ergeben sich daraus, daß bei der öffentlichen Unternehmung, wie bei allen öffentlichen Unternehmen schlechthin, der Dienst am öffentlichen Wohl, die Erfüllung öffentlicher Interessen und die Verfolgung öffentlicher Zwecke Berücksichtigung verlangen[112]. Allerdings darf man im Bereich der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit die Anforderungen an ein Tätigwerden nach diesen Gesichtspunkten nicht überspannen. Es ist bei den einzelnen Arten öffentlicher Unternehmungen graduell verschieden stark ausgeprägt. So tritt es bei den vorwiegend ertragsorientierten öffentlichen Unternehmungen (s.u. S. 41) weniger in Erscheinung, da diese wie private Unternehmungen auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind. Doch dient ja selbst dieser Gewinn noch dadurch öffentlichen Interessen, daß er den Kassen einer öffentlichen Körperschaft zufließt und auf diese Weise dem öffentlichen Wohl dienstbar gemacht wird.

II. Das Betätigungsgebiet

Ihrem Betätigungsgebiet nach lassen sich folgende Gruppen öffentlicher Unternehmungen herausstellen:

1. Versorgungsunternehmungen (Wasser-, Gas-, Elektrizitätswerke u.a.),

2. Verkehrsunternehmungen (Kraftwagen-, Eisenbahn-, Schiffahrts-, Flugverkehrsunternehmungen u.ä.),

---

111) Huber, WiVwR. Bd.1, S.474.

112) Dies ist auch gemeint, wenn Strickrodt, S.32, auf die "besondere wirtschafts- und staatsrechtliche Position" dieser Unternehmungen hinweist.

3. Geld-, Kredit- und Versicherungsunternehmungen (die Notenbank, Kreditbanken, Sparkassen),

4. Industrie- und Gewerbeunternehmungen,

5. Bergbauunternehmungen,

6. Land- und forstwirtschaftliche Unternehmungen (Domänen, Staatsforste u.ä.).

Einer Erläuterung bedarf es nur hinsichtlich der Gruppe der sogenannten Versorgungsunternehmungen. Im Schrifttum weiß man gelegentlich mit diesem Begriff nichts anzufangen. Teilweise wird er für zu weit gehalten, da auch alle anderen gewerblichen Unternehmungen der Versorgung dienten und man daher alles oder nichts unter einer Versorgungsunternehmung verstehen könne[113]. Teilweise wird der Begriff dagegen gerade als in seiner bisher ziemlich allgemein üblich gewordenen Anwendung nicht weit genug empfunden und der Vorschlag gemacht, ihm auch noch Bahn und Post zuzuordnen[114]. Letzteres dürfte jedoch abzulehnen sein, wenn man nach der gebräuchlichsten Definition des Begriffes der Versorgungsunternehmungen darunter "diejenigen öffentlichen Unternehmungen, die die Bevölkerung mit standardisierten Gebrauchs- und Massengütern wie Wasser, Gas und Elektrizität versorgen" versteht[115].

An den aufgeführten Betätigungsgebieten wird leicht ersichtlich, daß es sich bei öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit weitgehend um sogenannte "Leistungsverwaltung" (Mallmann) und "Daseinsvorsorge" (Forsthoff) handelt.

---

113) Niebuhr, S.86, geht in seiner Kritik so weit, den Ausdruck Versorgungsunternehmungen als "völlig inhaltlos und damit überhaupt zur Begriffsbildung ungeeignet" anzusehen.

114) Schüle, VVDStRL Bd. 11, S.88. Auch Forsthoff, Lehrb., S.358, rechnet die Verkehrsbetriebe dazu.

115) Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.211. Gleichlautende oder nur unerheblich abweichende Begriffsbestimmungen geben: Garben, S.16; Reuter, S.161; Vetter, S.4.

B. Die Arten öffentlicher Unternehmungen

Über die Gruppierung nach ihren Betätigungsgebieten hinaus lassen sich die öffentlichen Unternehmungen in mehrere Arten einteilen. Durch das Aufzeigen von verschiedenen Einteilungsmöglichkeiten soll ein Überblick über die Vielgestaltigkeit erreicht werden. Das Ziel ist dabei, daß man bei Betrachtung einer konkreten Einzelunternehmung an Hand des Überblicks unschwer die auf sie zutreffenden bzw. nicht zutreffenden Eigenheiten und Zugehörigkeitsmerkmale erkennen kann.

I. Einteilung nach der Zwecksetzung

Die erste Einteilungsmöglichkeit[116] ergibt sich aus der unterschiedlichen Zwecksetzung der jeweiligen öffentlichen Unternehmung. Hierbei sind die auf die Erlangung eines finanziellen Überschusses, eines Erwerbs, gerichteten Unternehmungen und die vorwiegend auf gemeinnützige Wirtschaftsführung eingestellten Unternehmungen auseinanderzuhalten. Eine scharfe Trennung von rein ertragswirtschaftlichen und gemeinnützigen Unternehmungen ist allerdings problematisch[117], da in der Praxis die öffentlichen Unternehmungen nie ganz klar "egoistisch" oder "altruistisch", erwerbsorientiert oder gemeinnützig, handeln. In den meisten Fällen herrscht eine gemischte Zwecksetzung vor. Zutreffend stellt K ö t t g e n fest, daß individueller und kollektiver Nutzen nur allzu häufig miteinander unlöslich

---

116) Hinweis: Die Reihenfolge der Einteilungsmöglichkeiten ist willkürlich gewählt und beliebig vertauschbar.

117) Haussmann, ÖH, S.19. Immerhin sieht auch er die Scheidung der verschiedenen Typen nach erwerbswirtschaftlichen und, wie er es nennt, wohlfahrtsstaatlichen Gesichtspunkten, als fruchtbar an, aaO, S.17. Vgl. ferner: Keller, Gewinn und Gemeinwohl als Ziele der wirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen; ders., Eigenwirtschaft, S.186 ff.

verquickt sind[118]. Der Undurchführbarkeit einer scharfen Trennung wird im folgenden Rechnung getragen durch Voranstellung des Wörtchens "vorwiegend".

1. Die vorwiegend ertragsorientierten öffentlichen Unternehmungen = öffentliche Erwerbsunternehmungen

Der ersten Gruppe gehören diejenigen Unternehmungen an, die durch ihre wirtschaftliche Tätigkeit vorwiegend darauf bedacht sind, die finanzielle Lage ihres Trägers zu verbessern. In ihrer wirtschaftlichen Zwecksetzung sind sie nach dem E r t r a g s - p r i n z i p ausgerichtet. Sie erstreben eindeutig und in erster Linie Gewinn[119] für ihren öffentlichen Unternehmungsträger so wie private Unternehmungen für ihren privaten Unternehmer. Gelegentlich nennt man sie deshalb "privatwirtschaftliche Unternehmungen der öffentlichen Hand".[120] Besser sind die Bezeichnungen "erwerbswirtschaftliche Unternehmungen der öffentlichen Hand"[121], "Betriebe erwerbswirtschaftlicher Art"[122] oder kurz: "Öffentliche Erwerbsunternehmungen"[123]. Die letztere soll hier zur Kennzeichnung dieser Art öffentlicher Unternehmungen übernommen werden, weil sie am zweckmässigsten erscheint. Auch die Bezeichnung als "gewinnsuchende" oder als "ertragsorientierte" Unternehmun-

---

118) Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.112.

119) Die von E.Jacobi, S.35, getroffene Feststellung, es gehöre zum Wesen aller öffentlichen Unternehmen, daß sie nicht auf Gewinn gerichtet sind, ist unhaltbar. Schmölders, S.181 ff. (§ 30) informiert über die "Einkünfte aus öffentlichen Erwerbsunternehmungen".

120) Heusser, S.19.

121) Forsthoff, Lehrb., S.69.

122) Duhmer, Öffentliches Vermögen I, S.62.

123) Lotz, S.2.

gen ist billigenswert[124].

Die folgenden zwei Begriffsumschreibungen aus der Literatur lassen das Wesen und den Aufgabenbereich der öffentlichen Erwerbsunternehmung deutlich werden. Die eine versteht darunter ertragsorientierte Unternehmungen, die ihrem Leistungsprogramm nach nicht speziell öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben, die also, wenn man von der Eigentumsträgerschaft absieht, sich nicht wesentlich von anderen Unternehmungen ihrer Branche unterscheiden[125]. Die andere Umschreibung erfaßt sie als eine Vereinigung persönlicher und sachlicher Produktionsmittel zur Bereitstellung von Sachgütern oder Leistungen, durch deren Verwertung am Markte ein Reinertrag erzielt werden soll, der ganz oder teilweise in öffentliche Kassen fließt und bei der Staat und Gemeinden anders als lediglich durch das Mittel der Gesetzgebung einen maßgebenden Einfluß auf die Betriebsführung auszuüben vermögen[126].

---

124) Darüber, daß man aus psychologischen Erwägungen vielleicht besser von e r t r a g s wirtschaftlicher als von e r w e r b s wirtschaftlicher Einstellung der öffentlichen Hand spricht vgl. Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.114, Anm.14. Jedoch dürfte es dem Sprachgefühl zuwiderlaufen, substantivisch von Ertragsunternehmungen zu sprechen.

125) Angelehnt an Begriffsumschreibungen von Brandt, S.13 u. Garben, S.16 sowie Strickrodt, S.2.

126) Angelehnt an Definitionen von Lotz, S.2 und Vetter, S.8, die diese allerdings auf die öffentlichen Unternehmungen schlechthin, d.h. nicht speziell auf die Erwerbsunternehmungen, beziehen.

2. Die vorwiegend gemeinnützigen öffentlichen Unternehmungen

Mit "vorwiegend gemeinnützig" sind diejenigen öffentlichen Unternehmungen gemeint, bei denen die Zweckbestimmung nicht in erster Linie auf Erzielung finanzieller Überschüsse, sondern auf den Dienst an der Allgemeinheit gerichtet ist. Auf sie treffen die soeben verwendeten Merkmale der Verwertung von Sachgütern oder Leistungen "am Markt" zur "Erzielung eines Reinertrages" nur sehr bedingt oder gar nicht zu. Sie arbeiten nach dem Kostendeckungsprinzip (Gegensatz: Erwerbsprinzip) und dem gemeinwirtschaftlichen Prinzip (Gegensatz: privat- oder erwerbswirtschaftliches Prinzip, vgl. oben S.17). Die Möglichkeit einer gelegentlichen Gewinnerzielung ist damit nicht ausgeschlossen. Umfaßt werden sowohl solche Unternehmungen, die ihre Preise oder Nutzungsgebühren absichtlich niedrig halten als auch solche, die bei der Befriedigung notwendiger Bedürfnisse der Gesamtheit noch ihre Kosten decken und darüber hinaus gelegentlich auch einen Ertrag zu erwirtschaften bestrebt sind[127].

Weder die fehlende Gewinnabsicht noch die besondere Zwecksetzung stehen ihrer Eigenschaft, U n t e r n e h m u n g e n zu sein, entgegen, da sie eindeutig mit wirtschaftlichen - wenn auch nur teilweise mit e r w e r b s wirtschaftlichen - Aufgaben befaßt sind. Hieran werden auch die Vertreter des ökonomischen Unternehmungsbegriffs (s.o. S.22) nicht zweifeln, obwohl sie ja die Gewinnerzielungsabsicht als wesensnotwendig für den Begriff der Unternehmung ansehen. Damit erweist es

---

127) Angelehnt an Definitionen von Brandt, S.13 und Garben, S.16. Vgl. auch Forsthoff, Lehrb., S.440: "Die wirtschaftliche Betätigung wird hier nicht durch die Gewinnabsicht, sondern durch die Tatsache konkurrierender Teilnahme am Wirtschaftsleben determiniert".

sich, daß zumindest im Bereich der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit nicht der ökonomische Unternehmungsbegriff den Ausgangspunkt und die Grundlage für die Betrachtung einer Unternehmung bilden kann, sondern daß dem juristischen Unternehmungsbegriff der Vorzug zu geben ist. Der letztere unterscheidet sich hauptsächlich dadurch von dem ersteren, daß er auf die Gewinnerzielungsabsicht als Wesensmerkmal einer Unternehmung verzichtet[128].

Das Auffinden einer treffenden, jeder Kritik standhaltenden Bezeichnung für diese Art öffentlicher Unternehmungen ist schwierig. Sie werden gekennzeichnet als Unternehmungen, die in erster Linie gemeinwirtschaftliche Ziele verfolgen[129] und Öffentlichkeitsaufgaben zu erfüllen haben[130]. Der Aussagewert dieser Kennzeichnungen ist nicht groß. Insbesondere die Letztgenannte ist insofern als nicht sehr treffend anzusehen als auch die öffentlichen Erwerbsunternehmungen Öffentlichkeitsaufgaben erfüllen, indem sie für finanziellen Gewinn ihrer Trägerkörperschaften sorgen; die Erfüllung von Öffentlichkeitsaufgaben ist letztlich Zweck und Ziel aller öffentlichen Unternehmen (vgl. oben S.31) und nicht nur der hier zu kennzeichnenden Gruppe öffentlicher Unternehmungen.
Allerdings kann man auch gegenüber der hier verwendeten Bezeichnung als "gemeinnützige" Unternehmungen eine kritische Haltung einnehmen. Das insbesondere deshalb, weil auch das Erwerbsstreben die Gemeinnützigkeit wohl nicht auszuschließen braucht. Von K ö t t g e n wird das Merkmal der "Gemeinnützigkeit" überdies als ein bloß psychologischer Faktor angesehen, der sich einer für juri-

---

128) S.o. 1. Abschnitt C.I.1.b) und c), S.23ff.
129) Lotz, S.2.
130) Strickrodt, S.2.

stische Zwecke geeigneten definitiven Formalisierung entziehe[131]. Gemeinnützig könne nur handeln, wer einen fremden Nutzen verfolge und dem modernen Staat liege eine solche altruistische Einstellung völlig fern; die staatlichen Eigeninteressen seien hier nur zufällig mit denen des Staatsvolkes identisch[132]. Diese Kritik ist sicher berechtigt, soweit sie als Warnung vor einer Überschätzung der altruistischen Grundhaltung öffentlicher Unternehmungen zu verstehen ist; sie wurde auch hier bereits ausgesprochen, (vgl. oben S.38). Andererseits läßt sich nicht leugnen, daß die Intensität, mit der der Staat die öffentlichen Unternehmungen "eigennützig" betreibt, bei den Erwerbsunternehmungen erheblich stärker ist als bei den hier zu kennzeichnenden Unternehmungen (und schließlich gänzlich entfällt bei den außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen). Trotz der Bedenken dürfte daher die Bezeichnung der zweiten Gruppe öffentlicher Unternehmungen als "vorwiegend gemeinnützig" am ehesten geeignet sein, die unterschiedliche Zwecksetzung gegenüber den "eigennützig" handelnden öffentlichen Erwerbsunternehmungen herauszustellen - und auf diese Abgrenzung allein kommt es hier an.
K ö t t g e n erwähnt selbst, daß der Ausdruck "gemeinnützige" Staatstätigkeit zur Unterscheidung von der "werbenden" Tätigkeit Eingang in die Gesetzgebung gefunden hat[133].

131) Köttgen, Öffentl. Anstalt, S.115.

132) Köttgen, aaO, S.118.

133) Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.117, Anm.2o u.21. Nach § 17 Steueranpassungsgesetz sind gemeinnützig solche Zwecke, durch deren Erfüllung ausschließlich und unmittelbar die Allgemeinheit durch eine Tätigkeit gefördert wird, die dem allgemeinen Besten auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet nützt. Vgl. zum Begriff auch: Boettcher-Leibrecht, Gemeinnützigkeitsverordnung; Nullmeyer, Der Begriff der Gemeinnützigkeit; Zum Gegensatz Privatnützigkeit - Gemeinnützigkeit: Hellwig, S.15.

Eine Intensitätsabstufung in Ansehung der Gemeinnützigkeit ergibt sich auch innerhalb der hier zur Rede stehenden Unternehmungsgruppe. Aus diesem Grunde wird diese Gruppe gelegentlich nochmals unterteilt in "ertrags- und zugleich auch wohlfahrtsinteressierte" und in "nur wohlfahrtsinteressierte" Tätigkeit, womit dann insgesamt eine Dreiteilung der Zwecksetzung öffentlicher Unternehmungen erreicht würde[134]. Eine über die hier vorgenommene Zweiteilung hinausgehende theoretisch-begriffliche Differenzierung empfiehlt sich jedoch nicht angesichts der erwähnten Problematik einer klaren Aufgliederung.

Eine gewisse Parallele zu den vorwiegend gemeinnützigen öffentlichen Unternehmungen bilden im privatwirtschaftlichen Bereich die sogenannten "freigemeinnützigen" oder "freigemeinwirtschaftlichen" Unternehmungen[135].

---

134) W.Gerber, S.15 f. Eine solche Dreiteilung nehmen auch Brandt, S.13, und Garben, S.16, hinsichtlich der Gemeindeunternehmungen vor.

135) Vgl. dazu oben S.29, Anm95). Ferner: E.Jacobi, S.35. Er zieht im übrigen aus seiner Ansicht, daß öffentliche Unternehmen wesensmäßig nicht auf Gewinn gerichtet sein könnten (s.o. S.41, Anm.119) die seltsame Folgerung, daß n u r die nicht auf Gewinn gerichteten p r i v a t e n Unternehmungen als "gemeinnützige" Unternehmungen bezeichnet werden könnten.

II. Einteilung nach der Trägerschaft

Nach der Trägerschaft lassen sich die öffentlichen Unternehmungen einteilen in staats- und gemeindeeigene Unternehmungen und Beteiligungsunternehmungen.

1. Die staats- und gemeindeeigenen Unternehmungen

a) Die öffentliche Hand als Unternehmer

Als Träger eigener öffentlicher Unternehmungen kommen die öffentlichen Gebietskörperschaften, also der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände in Betracht. Es ist deshalb das Schlagwort von der "öffentlichen Hand als Unternehmer" üblich geworden. Wenn diese Bezeichnung auch recht einprägsam ist, so muß dazu doch zweierlei bemerkt werden:

1. Unter "öffentlicher Hand" hat man nicht nur die Gebietskörperschaften zu verstehen, sondern darüber hinaus die Gesamtheit der Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen Rechts (s.o. S.1 , Anm.1). Es werden also auch Institutionen davon umfaßt, die wesensmäßig nicht Träger eigener Unternehmungen sein können, z.B. die Sondervermögen und die vom Staat abgeleiteten öffentlich-rechtlichen Körperschaften wie Bahn, Post, Ausgleichsfonds, Sozialversicherungsträger. Nur wenn man diese Tatsache als selbstverständlich stillschweigend übergeht, ist die Sammelbezeichnung "öffentliche Hand" in diesem Zusammenhang angebracht.

2. Wenn man die hier getroffene Unterscheidung von öffentlichen Wirtschaftsunternehmen einerseits und außerwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen andererseits (s.o. S.31) für zutreffend hält, können Staat und Gemeinden auch dann "Unternehmer" sein, wenn sie außerwirtschaftliche Vorhaben durchführen bzw. Einrichtungen unterhalten.

Wo sie als Träger von öffentlichen Wirtschaftsunternehmen (=öffentlichen Unternehmungen) auftreten, wird man sie deshalb besser als W i r t s c h a f t s unternehmer zu bezeichnen haben.

Diesen beiden Gesichtspunkten wird Rechnung getragen, wenn man nicht von der öffentlichen Hand als Unternehmer, sondern zutreffender von den Gebietskörperschaften (Staat und Gemeinden) als Unternehmungsträger oder als Wirtschaftsunternehmer spricht. Die von ihnen ausgeübte Wirtschaftstätigkeit kennzeichnet man am besten als öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit. Der vielleicht ungewohnte Ausdruck "öffentlich-wirtschaftlich" fügt sich zwanglos in die sonst gebräuchliche Terminologie ein, indem man die Gegensatzpaare erhält: privatwirtschaftlich und öffentlich-wirtschaftlich, privatrechtlich und öffentlich-rechtlich.

b) Die gemeindeeigenen Unternehmungen
(= die Wirtschaftsunternehmen der Gemeinden
= die gemeindlichen oder kommunalen Unternehmungen[136]) weisen gegenüber den staatlichen Unternehmungen gewisse Verschiedenheiten auf. Bei ihnen geschieht die Willensbildung meist durch die Gemeindevertretung, welche z.B. die Aufsichtsräte bestellt, Anweisungen für die Beschlußfassung in der Hauptversammlung gibt und die weitere Kontrolle ausübt. Bei den Unternehmungen des Bundes und meist auch denen der Länder (den staatseigenen Unternehmungen) ist das Parlament von der Mitwirkung ausgeschlossen und auf das Anfragerecht angewiesen. Auch ist bei den kommunalen Unternehmungen die erwerbswirtschaftliche Zielsetzung

---

136) S.o. 2. Abschnitt A.I.5, S.36 und 37 oben.

weit stärker ausgeprägt als bei den staatlichen[137]. Ein weiterer Unterschied liegt schließlich darin, daß die kommunale Unternehmertätigkeit im Gegensatz zur staatlichen eine zufriedenstellende gesetzliche Regelung erfahren hat.

2. Die Beteiligungsunternehmungen

Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit wird außer durch staats- und gemeindeeigene Unternehmungen in der Weise ausgeübt, daß sich die öffentliche Hand an rechtlich selbständigen Unternehmungen[138] juristischer und natürlicher Personen sowie an offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften beteiligt. Die in dieser Weise entstehenden Unternehmungen nennt man "Beteiligungsunternehmungen". Wenn die Beteiligung an einer privaten Unternehmung vorgenommen wird, spricht man von "gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen". Da diese, streng genommen, nicht zu den Arten öffentlicher Unternehmungen zu rechnen sind - es fehlt das Merkmal der alleinigen Trägerschaft öffentlicher Gebietskörperschaften - sollen sie in einem weiteren Abschnitt gesondert betrachtet werden[139].

Man könnte fragen, ob bei diesen Beteiligungen überhaupt noch von einer Unternehmertätigkeit gesprochen werden kann, ob die öffentliche Hand hier noch als Wirtschafts u n t e r n e h m e r auftritt. Die Frage ist zu bejahen. Sicher liegt das typisch Unternehmerische in der Leitung einer Unternehmung und sicher wird man deshalb auch

---

137) Hellwig, S.16 u. S.42.
138) Surén, S.183
139) S.u. 2. Abschnitt des 1. Teils C. S.65f.

etwa einen Kleinaktionär infolge seiner Beteiligung nicht als Wirtschaftsunternehmer ansehen können. Die öffentliche Hand dagegen kann und wird ihren Beteiligungen stets ein solches Gewicht beilegen, daß ihr praktisch stets ein bedeutendes Mitsprache- oder Leitungsrecht daraus erwächst. Hierzu sind die Unternehmungen des Bundes sogar gesetzlich gehalten durch § 48 der Reichshaushaltsordnung (s. unten S.80).

III. Einteilung nach der Rechts- und Organisationsform

Versuche, das Nebeneinander der Organisationsformen öffentlicher Unternehmungen zu systematisieren, sind schon vielfach und in vielfältiger Weise angestellt worden[14o]. Der folgende Überblick muß sich darauf beschränken, einige der dabei erzielten Ergebnisse herauszustellen. Zuvor sei erwähnt, daß Neuordnungsbestrebungen hinsichtlich der bisher verfügbaren Organisationsformen im Gange sind[141].

Ausgehend von dem Rechtskleid der öffentlichen Unternehmungen werden gemeinhin zwei Gruppen öffentlich-wirtschaftlicher Organisationsformen unterschieden, nämlich solche des öffentlichen Rechts und solche des privaten Rechts. Die Wahl der Unternehmungsform hängt, soweit nicht entwicklungsgeschichtliche Gründe ausschlaggebend waren, lediglich von der Zweckmäßigkeit

---

14o) Vgl. u.a.: Boelsen, S.1o ff.; Fleiner, S.12o ff.; Frey, S.22 ff.; W.Gerber, S.46 ff.; Gieseke, Rechtsformen, Spalte 185 ff.; Gütebier, S.17 ff.; Hasenack, Öffentliche Wirtschaftsbetriebe; Heusser, S.17 ff.; Huber, WiVwR. Bd.1, S.523 ff.; Hug, S.131 ff.; Keller, Eigenwirtschaft, S.139 ff.; Knollmann, S.23 ff.; Lohmann, S.81 ff. und andere Beiträge in: Landmann, Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung; Lotz, S.2; Richter, S.84 ff.; Ritschl, Marktwirtschaft, S.6; Schnettler, S.52 bis 1o8; Staudinger, S.99 ff.; Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.199 ff.; Vetter, S.9 ff.;

141) von Eynern, S.14 f.; Fischer, DÖV 1958/3, S.2 ff.; Straßmann, S.5; Zeiss, DÖV 1955/5, S.35 f.; ders., DÖV 1958/4, S.2 f.; Kunze, DÖV 1959/2, S.72 ff.

im einzelnen Fall ab[142].

1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Öffentliche Unternehmungen können in der Rechtsform juristischer Personen des öffentlichen Rechts organisiert sein, also als öffentliche Anstalten, Stiftungen und Körperschaften. Während der Form der Stiftung als Unternehmung keine und der Körperschaft allenfalls bei Kreditinstituten Bedeutung beizumessen ist, bedarf die Form der öffentlichen Anstalt besonderer Hervorhebung.
Als Organisationsformen, die sich öffentlich-rechtlicher Rechtsformen bedienen können und häufig auch bedienen, sind ferner die Eigenbetriebe und die Zweckverbände zu erwähnen.

a) Die öffentliche Wirtschaftsanstalt

Die theoretisch-systematische Erfassung der öffentlichen Anstalt als Erscheinungsform der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit bereitet immer wieder Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten. Die Ursache hierfür ist einmal in der außerordentlichen Variationsfähigkeit der Anstalten[143] zu erblicken, zum anderen darin, daß sie ihren Platz in dem schwer erfaßbaren Grenzgebiet zwischen öffentlichem und privatem Recht haben und schließlich in der mehrfach bemängelten Begriffsunsicherheit bei der hier behandelten Materie. Es ist nicht möglich und wäre dem beabsichtigten systematischen Überblick auch wenig förderlich, die verschiedenen Meinungen und Stellungnahmen aufzuführen oder gar auf sie einzugehen. Auf die Spezial-

142) Vgl. Staudinger, S.99; Frey, S.53.
143) Vgl. Weber, S.19.

literatur wird daher verwiesen[144]. Dabei ist zu beachten, daß der Anstaltsbegriff im verwaltungsrechtlichen Schrifttum eine prinzipiell andere Ausdeutung erfahren hat als im finanzwissenschaftlichen Schrifttum[145].

Die in dem gegebenen Zusammenhang allein interessierende Frage lautet wie folgt: Kann eine öffentliche Anstalt überhaupt ein Unternehmen oder eine Unternehmung sein - und ist sie damit im Rahmen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit abzuhandeln? Stehen dem nicht die für die öffentliche Anstalt bezeichnenden Merkmale der Wahrung öffentlicher Interessen, des Handelns unter dem Gesichtspunkt der Gemeinnützigkeit sowie die Sonderregelungen für das Benutzungsverhältnis entgegen?

Die Beantwortung hängt weitgehend davon ab, was man unter Unternehmen und Unternehmung verstehen will. Legt man sich per definitionem darauf fest, daß sie nur als rein erwerbswirtschaftliche Einheiten aufzufassen sind[146], dann muß man wohl zu dem Schluß kommen, daß Anstalten keine Unternehmungen sein können, da bei ihnen eine Gewinnerzielungsabsicht gemeinhin ganz

---

144) Fleiner, S.122 ff. und S.321 ff.; Herrnritt, S.229 ff.; Heusser, S.18; Heymann, Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen Anstalt; Huber, WiVwR. Bd.1, §§ 12 - 17, S.104 ff.; Hug, S.131 ff.; Köttgen, Öffentliche Anstalt, Kruse, S.35; Liefmann, S.120 ff.; Magnussen, S.7 ff.; Richter, S.94 ff.; Saitzew, Öffentliche Unternehmung, S.11.

145) Schnettler, S.28-30, der im übrigen dazu rät, den Begriff der "Anstalt" ganz zu vermeiden und durch "öffentliche Einrichtung" zu ersetzen.

146) Eine Auffassung, der oben im 1. Abschnitt unter C. und im 2. Abschnitt unter A. mehrmals entgegengetreten wird; vgl. u.a. S.28 f. u. S. 43 f.

fehlt oder in den Hintergrund tritt. Deshalb wird des öfteren die Ansicht vertreten, daß öffentliche Anstalten und öffentliche Unternehmen (bzw. Unternehmungen, die ja fälschlicherweise zumeist als identisch angesehen werden[147]) zwei verschiedene Dinge sein müßten. So spricht V e t t e r [148] aus, die öffentliche Anstalt stehe im Gegensatz zur öffentlichen Unternehmung. G e r b e r unterteilt die öffentliche Wirtschaftstätigkeit in anstaltliche einerseits und unternehmungsweise andererseits und meint, die öffentlichen Anstalten fielen außerhalb des Gesichtskreises, da bei ihnen ein eigentliches Wirtschaftsproblem nicht existiere[149]. F r e y [150] weist auf die großen Schwierigkeiten hin, Unterscheidungsmerkmale zwischen öffentlichen Anstalten und öffentlichen Unternehmen festzustellen.

Im Gegensatz dazu halten andere die öffentlichen Anstalten sehr wohl für öffentliche Unternehmen bzw. Unternehmungen 151). Diese Auffassung verdient den Vorzug. Öffentliche Anstalten sind ein durch ihren besonderen Zweck gekennzeichnetes Stück öffentlicher Verwaltung und damit öffentliche Unternehmen in dem Sinne einer öffentlichen Einrichtung[152]. Eine di-

---

147) S.o. 1. Abschnitt C.I., S.21.

148) Vetter, S.8.

149) W.Gerber, S.14. In ähnlichem Sinne: Niebuhr, S.8.

150) Frey, S.31 ff.

151) S.o. S.33, Anm. 102). Richter, S.85, Anm.81: Eine Abgrenzung zwischen Anstalten und gewerblichen Unternehmungen verspricht wenig Erfolg.

152) S.o. 1. Abschnitt C.II. 1., S.28-30.

rekte Teilnahme am Wirtschaftsleben und damit die Eigenschaft, Unternehmung zu sein, ist für sie keineswegs ausgeschlossen. Es ergibt sich folgender Schluß, durch den eine reibungslose systematische Erfassung der öffentlichen Anstalten möglich wird:
Die öffentliche Anstalt, nach der Definition Otto M a y e r s bekanntlich "ein Bestand von sächlichen und persönlichen Mitteln, welcher innerhalb eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck zu dienen bestimmt ist", stellt einen Unterfall des öffentlichen Unternehmens dar[153], ist stets auch öffentliches Unternehmen. Als solches kann sie, je nach ihrem Tätigkeitsbereich, gemäß der hier vorgenommenen Zweiteilung öffentlicher Unternehmen[154] entweder öffentliche Unternehmung (= öffentliches Wirtschaftsunternehmen) oder außerwirtschaftliches öffentliches Unternehmen sein. Als letzteres wiederum (Schulen, Theater, Museen u.ä.) steht sie außerhalb des Bereiches öffentlicher Wirtschaftstätigkeit und damit außerhalb des Rahmens der Behandlung; als ersteres ist sie eine Erscheinungsform der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit, nämlich öffentliche Unternehmung in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, sogenannte öffentliche Wirtschaftsanstalt[155].
Der Zwecksetzung nach wird sie dabei fast stets zu den vorwiegend gemeinnützigen Unternehmungen (s.o. S.43) zu rechnen sein. Jedoch wird man auch ihr das Recht auf ein (durch die Rücksicht

---

153) Forsthoff, Lehrb., S.433.

154) S.o. S.32.

155) Von Liefmann, S.12o f., werden sie als "öffentliche Wirtschaften" bezeichnet und charakterisiert.

auf gesamtwirtschaftliche Interessen gedämpftes) Gewinnstreben nicht absprechen können[156]. In der Form der Anstalt organisierte öffentliche Unternehmungen (öffentliche Wirtschaftsanstalten) gibt es auf der Staats- und auf der Gemeindeebene. Beispiele sind: Bundesbahn und Bundespost (soweit man sie als Unternehmungen ansprechen will), Bundesbank und Bundeskreditanstalten, die Landeszentralbanken, öffentliche Versicherungsanstalten, in Anstaltsform organisierte Versorgungsunternehmungen der Gemeinden. In der kommunalen Verwaltungspraxis werden sie auch häufig "Betriebe" genannt.

b) Eigenbetriebe und Zweckverbände

So sind die (kommunalen) Eigenbetriebe vielfach als Wirtschaftsanstalten organisiert. Der Streit über das Verhältnis von öffentlicher Anstalt und kommunalem Eigenbetrieb wird von B i s c h o f f zutreffend wie folgt beantwortet: "Die in der Organisationsform des Eigenbetriebes geleistete Verwaltungstätigkeit kann die der öffentlichen Anstalt sein, sie muß es aber nicht[157]". Daneben sind auch Eigenbetriebe in privater Gesellschaftsform (Eigengesellschaften)zulässig und vorhanden.

Die kommunalen Eigenbetriebe[158] haben ihre Rechts- und Organisationsgrundlage in der Ei-

---

156) Vgl. Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.121 f.

157) Bischoff, S.71 f.

158) Siehe dazu insbesondere: Ballerstedt, Gemeindliche Wirtschaftsunternehmen; Bischoff, S.69 ff.; Heun, S.61 ff. (S.65 f.); Kußmaul, S.59 ff. (Randnr. 185 ff.); Loschelder, Eigenbetriebsrecht, S.251 ff.

genbetriebsverordnung (EBVO) vom 21.11.1938 (RGBl.I, S.1650) und nunmehr - soweit erlassen - in den mehr oder weniger abgewandelten Eigenbetriebsverordnungen der Länder.

Den kommunalen Eigenbetrieben entsprechen auf der Bundesebene die "kaufmännisch eingerichteten Reichsbetriebe" des § 15 Reichshaushaltsordnung, oft kurz als 15er-Betriebe angesprochen. Hier wie dort sind unter einer einheitlichen Organisationsbezeichnung Wirtschafts- und Verwaltungseinheiten von recht verschiedener Rechtsform zusammengefaßt[159].

Für die unternehmerische Betätigung mehrerer Kommunalverbände steht als geeignete öffentlich-rechtliche Organisationsform der Zweckverband zur Verfügung. Seiner Rechtsform nach ist er Körperschaft des öffentlichen Rechts. Er entsteht, wenn mehrere Kommunen sich zu gemeinsamer Bewältigung einzelner kommunaler Aufgaben zusammenschließen. Beispiele sind interkommunale Wasserwerke, Verbundelektrizitätswerke, Giroverbände. Rechtsgrundlage war früher das Zweckverbandsgesetz vom 7.6.1939 und sind heute die entsprechenden gesetzlichen Regelungen der Länder[160].

---

159) Näheres bei Schulze-Wagner und Vialon, jeweils zu § 15.

160) Gieseke, Rechtsformen, Spalte 188; Gütebier, S.21; Richter, S.97; Schattenfroh, S.356 ff.; Zeiss, DÖW 1955/6, S.7.

2. Privatrechtliche Organisationsformen

Während sich die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ursprünglich vorwiegend in den Organisationsformen des öffentlichen Rechts vollzog[161], erfolgte sie sodann in zunehmendem Maße in den Formen des Privatrechts. Mit diesen erreichen die öffentlichen Wirtschaftsunternehmer eine Angleichung an die privaten Unternehmer, indem sie sich der öffentlich-rechtlichen Bindung weitgehend entledigen. Von naheliegendem Vorteil ist dies besonders bei den öffentlichen Erwerbsunternehmungen und daher bedienen sich gerade diese nahezu ausschließlich privatrechtlicher Organisationsformen.

Als solche stehen für die öffentlichen Unternehmungen die der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft zu Gebote. In diesen Formen bezeichnet man sie[162] zusammenfassend als "öffentliche Kapitalgesellschaften" oder "öffentliche Handelsgesellschaften" ("öffentliche AG" bzw. "öffentliche GmbH"). Die Entstehung geht rechtstechnisch so vor sich, daß die öffentlichen Körperschaften Aktien oder Geschäftsanteile einer bestehenden Gesellschaft aus privater Hand erwerben, oder sie ihnen von bei der Gesellschaftsgründung auftretenden Strohmännern - vielfach Beamten und Körperschaftsvertretern - übertragen oder abgetreten werden.

---

161) Zu den Nachteilen der öffentlichen-rechtlichen Organisationsformen vgl. Kruse, S. 46 f.

162) Boelsen, S.1o ff.; W.Gerber, S.83 ff.; Huber, WiVwR. Bd.1, S.523. Vgl. auch: Kunze, DÖW 1957/3.

a) Öffentliche Unternehmungen in Privatrechtsform

Das Vorkommen öffentlicher Unternehmungen in privatrechtlichen Formen ist rechtssystematisch durchaus nicht selbstverständlich. Es wird vielmehr als im Rahmen der öffentlich-wirtschaftlichen Organisationserscheinungen "absolut originell" bezeichnet[163]. Von Weber wird auf den "zwiespältigen Charakter dieser Gebilde" und auf ihre eigenartige Zwischenstellung hingewiesen[164]. Die öffentlichen Unternehmungen wurden schließlich als ein Teil der öffentlichen Verwaltung, als verwaltungseigene Unternehmungen (s.o. S.37) gekennzeichnet und die Verwaltung ist ein Bestandteil des öffentlichen Rechts, in aller Regel mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet.

Hier gibt Forsthoff eine für die rechtliche Würdigung dieses Verwaltungshandelns in privatrechtlichen Formen wesentliche Erklärung: "Indem die Verwaltung über die herkömmlichen Formen hoheitlichen Handelns hinausgreift und sich der Rechtsformen des Privatrechts bedient, hört sie nicht auf, öffentliche Verwaltung zu sein, sondern trägt lediglich der Tatsache Rechnung, daß der Funktionsbereich der Verwaltung sich wesentlich erweitert und die herkömmliche Typik der Funktionsformen verlassen hat"[165]. Die privatrechtliche Organisa-

---

163) W.Gerber, S.77.

164) Weber, S.63 und S.69 ff.

165) Forsthoff, Lehrb. S.69; Vgl. auch Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.124; Die traditionelle Geschlossenheit der Verwaltung ist heute stark aufgelockert.

tionsform kann also nicht der Auffassung entgegenstehen, daß die öffentlichen Unternehmungen in ihrer Gesamtheit Teil der öffentlichen Verwaltung sind, die hier selbstverständlich als rein fiskalische Verwaltung zu verstehen ist[166]. Die Qualifikation auch der privatrechtlich organisierten Unternehmungen der öffentlichen Hand als ö f f e n t l i c h e Unternehmungen leitet sich wie bei sämtlichen öffentlichen Unternehmen aus der Tatsache her, daß auch sie von der öffentlichen Hand getragen werden und (durch ihre Bindung an die öffentlichen Wirtschaftsunternehmer) öffentlicher Verwaltung unterliegen. Hierdurch unterscheiden sie sich von den privatwirtschaftlichen Unternehmungen, mag auch die Angleichung an diese nach außen kaum noch Unterschiede erkennen lassen. Die gelegentlich anzutreffende Bezeichnung: "Privatwirtschaft (oder: privatwirtschaftliche Betätigung) der öffentlichen Hand"[167] erscheint deshalb nicht gerechtfertigt oder zumindest unglücklich gewählt. Es handelt sich hier vielmehr um öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit in Privatrechtsform.

b) Das Für und Wider zu den privatrechtlichen Organisationsformen

Zu der Frage der Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit privatrechtlicher Formen für öffentliche Unternehmungen gibt es sehr unterschiedliche Auffassungen.

---

166) Fiskalische Verwaltung bedeutet ja nichts anderes als Betätigung der öffentlichen Verwaltung auf dem Boden des Privatrechts.

167) Frey, Die Privatwirtschaft der öffentlichen Hand; Huber, WiVwR. Bd. 1, S.519 u. S.523.

Einerseits wird erklärt, daß der das Wirtschaftsleben beherrschende Gedanke der Rentabilität es erklärlich erscheinen lasse, daß sich der Staat der beweglicheren Formen des Privatrechts bedient. Der Staat wäre sonst beim Betrieb seiner Unternehmungen infolge seiner recht schwerfälligen Behördenorganisation, des Etat- und Rechnungswesens, kurz infolge der gesamten Einordnung in den normalen Staatsbetrieb, ins Hintertreffen geraten, sobald er mit Privaten zu konkurrieren hat. Somit erscheint es nur natürlich, daß die staatlichen Unternehmungen zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken wären, wenn sie sich der Lage nicht angepaßt hätten[168]. Die mannigfachen Gründe für die Loslösung von der eigentlichen Hoheitsverwaltung[169] lassen erkennen, daß dabei diese Art wirtschaftlicher Erwägungen bestimmend gewesen ist. Genannt seien von diesen Gründen ferner: das Bestreben, die Geschäftsführung der Unternehmungen der politisch-parlamentarischen Debatte zu entziehen, die Möglichkeit einer Haftungs- und Risikobeschränkung und einer Beteiligung mehrerer Partner an den Unternehmungen.

Andererseits werden gewichtige Bedenken gegen die privatrechtliche Form geltend gemacht. Man spricht von einer "Flucht des Staates in das Privatrecht" oder auch von einer "Flucht aus der Hoheitsgewalt"[17o]. In einer Abhandlung, die sich mit der "Flucht in die privatrecht-

---

168) Hansen, S.86.

169) Forsthoff, Lehrb. S.452; Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.1o6; Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.199 ff.; Vetter, S.12ff.

17o) Fleiner, S.326; Naumann, VVDStRL D.11, S.131.

lichen Formen als Rechtsproblem" befaßt[171], wird sie als mit dem Wesen des Privatrechts und des Rechtsstaates unvereinbar hingestellt; sie sei eine contradictio in adiecto. Wenn sich das Gemeinwesen als Unternehmer im Dienste des Gemeinwohles am Wirtschaftsleben beteiligen wolle, so stehe ihm hierfür konsequenterweise nur die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt oder Körperschaft zur Verfügung. Bemängelt wird die Wahl der anonymen privatrechtlichen Gesellschaftstypen, da hierdurch auf den ersten Blick eine Unklarheit über den Eigentümer aufkomme und die Unternehmungen so gut wie jeder öffentlichen Kontrolle entzogen würden[172]; es treffe der Vergleich mit einem "Wolf im Schafspelz" zu[173]. Außerdem würden hier die Rechtsinstitute der AG und der GmbH in einer Weise verwendet, die nicht ihrem vorausbestimmten Zweck und Wesen entsprechen, da die öffentlichen Unternehmungen in der Mehrzahl der Fälle im Alleineigentum der öffentlichen Hand ständen und eine Emission der Anteilsscheine in der Regel nicht beabsichtigt sei[174].

---

171) Heusser, insbesondere S.9, 33, 45, 49, 111 ff.

172) Hellwig, S.23; Niebuhr, S.61 f.; Ritschl, S.47.

173) Schüle, VVDStRL Bd.11, S.86; Vetter, S.14.

174) Fischer, Bundeserwerbsunternehmen, S.446; Vetter, aaO. Außer den Genannten befassen sich speziell mit den privatrechtlichen Organisationsformen auch: Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.126 ff.; Ziruse, S.45 ff.; Oeftering, S.5.
Zu Neuordnungsbestrebungen hinsichtlich der privatrechtlichen Organisationsform vgl. die oben in Anm. 141) Genannten.

IV. Einteilung nach dem Grade der Abhängigkeit oder Selbständigkeit

Bei dieser Einteilungsmöglichkeit wird abgestellt auf den Grad der Abhängigkeit oder Selbständigkeit gegenüber dem Unternehmungsträger und seiner hoheitlichen Verwaltung, wobei die Skala von der engsten Verbundenheit bis zur quasi-Autonomie reicht.

1. Regiebetrieb und nichtrechtsfähige öffentliche Wirtschaftsanstalt

Am weitesten geht die Unselbständigkeit bei dem sogenannten Regiebetrieb (oder auch: Verwaltungsunternehmung i.e.S., reine Verwaltungsunternehmung, formal abhängige Unternehmung), dem Übergangstypus von der allgemeinen staatlichen Hoheitsverwaltung zur mehr fiskalisch orientierten Wirtschaftsverwaltung. Wenn man ihn überhaupt als öffentliche Unternehmung gelten lassen will, so ist er sicher deren primitivste Form. Der Regiebetrieb tritt in der Form eines Verwaltungsdezernates des Gemeinwesens, vorzugsweise bei den Gemeinden, auf und unterliegt unbeschränkt dessen Einfluß und Leitung.

Dieses haftet für die Verbindlichkeiten des Betriebes und umgekehrt, woraus sich schon die nicht nur formale, sondern auch materielle Abhängigkeit ergibt. Der Regiebetrieb wird von einigen abgelehnt unter Hinweis auf seine Bedeutungslosigkeit in neuerer Zeit und auf seine offenbaren Nachteile[175], nämlich Abhängigkeit vom Instanzenzug, Abschwächung der Initiative der Leiter, die bürokratische Organisation und die Bindung an den vorher genehmigten Etat. Andere meinen, daß sie noch vielfach verbreitet seien und sich insbesondere bei den kommu-

---

175) W.Jacobi, Wirtschaftliche Eigentätigkeit, S.6; Boelsen, S.11.

nalen Versorgungsunternehmungen gut bewährt hätten[176]. Auf Bundesebene soll es noch etwa 2o Regiebetriebe geben, darunter die Bundesdruckerei, den Bundesschleppdienst, die Monopolverwaltung für Branntwein, mehrere landwirtschaftliche Mustergüter u.ä. Dabei sind nicht erfaßt die der Eigenbedarfsdeckung (Selbstarbeit) vieler Verwaltungsstellen dienenden Einrichtungen (Druckereien für Verwaltungsformulare, Reparaturwerkstätten usw.), die ebenfalls als "Regiebetriebe" angesprochen werden[177].

Die Möglichkeit zur Erlangung größerer Selbständigkeit wird dadurch eröffnet, daß das Gemeinwesen eine eigene Wirtschaftsanstalt mit gesonderter Vermögensverwaltung schafft. Bleibt das Muttergemeinwesen im übrigen Träger von Rechten und Pflichten, so erhält man die nichtrechtsfähige öffentliche Wirtschafsanstalt. Beispiele sind die Bundespost und die zahlreichen nicht in Gesellschaftsform überführten gemeindlichen Versorgungsunternehmen.

2. Die autonomen Wirtschaftskörper und die verselbständigten öffentlichen Unternehmungen

Mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit verbindet sich für die öffentliche Unternehmung nicht nur die Fähigkeit, im eigenen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen, sondern auch die Fähigkeit zu eigener Rechnungs- und Wirtschaftsführung und damit zu größerer ökonomischer und rechtlich-administrativer Unabhängigkeit. Man spricht von autonomen Wirtschaftskörpern oder verselbständigten öffentlichen Unternehmungen. Gemeint sind damit nicht

---

176) Staudinger, S.99. Vgl. auch Ludewig, Die Regiebetriebe der Gemeinden

177) S.hierzu: Bericht des Bundesinnenministers vom 5.1.1956, Bundestagsdrucksache 2. Wahlperiode, Nr.2o13.

nur die rechtsfähigen öffentlichen Wirtschaftsanstalten, z.B. die Bundesbahn, einzelne Banken und öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten. Auch der kommunale Eigenbetrieb ist als verselbständigt anzusehen, obwohl er keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Infolge der für ihn vorgeschriebenen eigenen Werkleitung und der Herauslösung des Vermögens aus dem der Gemeinde stellt er eine verselbständigte Form des ursprünglich reinen Regiebetriebes dar. "Durch die Organisation des kommunalen Eigenbetriebes wird den nicht rechtsfähigen Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde verfassungsmäßig, finanzwirtschaftlich und rechnungsmäßig eine Sonderstellung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage gewährt[178]. Das gleiche ist von den kaufmännisch eingerichteten Reichsbetrieben nach § 15 RHO zu sagen. Ihrem Wesen nach sind sie nachgeordnete Stellen wie alle übrigen Stellen der (Reichs-)Bundesverwaltung. Ihre Beamten und Angestellten haben den Weisungen der ihnen vorgesetzten Behörden Folge zu leisten. Bei der Erledigung der wirtschaftlichen Aufgaben, insbesondere der Vermögensverwaltung, Buchführung und Kalkulation besteht dagegen weitgehende Selbständigkeit.

Der Grad der Selbständigkeit ist am höchsten bei den privatrechtlich organisierten Unternehmungen, da bei ihnen die personellen Verknüpfungen mit dem Unternehmungsträger gänzlich hinter der bloß kapitalmäßigen zurücktreten.

---

178) Bischoff, S.73, zit.: Klaus Raabe, Der Rechtscharakter gemeindlicher Versorgungsbetriebe und deren Verhältnis zum Leistungsempfänger, Diss.Göttingen 1951. Aber auch hier wird noch Klage über die zu enge Bindung an den Träger, die Kommunalverwaltung, geführt: von Eynern, S.15. Vgl. auch Meyer, S.372 ff.

C. Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen

Wie bereits erwähnt[178], handelt es sich hierbei um Beteiligungsunternehmungen, bei denen sich die öffentlichen Gebietskörperschaften und private Unternehmer in der Kapitalaufbringung und der Leitung der Unternehmung zu gemeinsamer Unternehmertätigkeit zusammenfinden. Es soll hier privates Kapital zur Gründung herangezogen, der öffentlichen Hand aber ein Einfluß gesichert werden. Vielfach waren auch volkswirtschaftliche Notwendigkeiten gegeben, die die öffentliche Hand zur Haftung für private Unternehmer und damit zur Beteiligung drängten.

Man kann die gemichtwirtschaftlichen Unternehmungen definieren als "Unternehmungen, bei denen das Kapital teils von Privaten, teils von öffentlichen Körperschaften aufgebracht und bei denen auch die oberste Leitung aufgrund des gemeinschaftlichen Eigentums gemeinsam ausgeübt wird"[180], oder als "Unternehmungen, an der private Unternehmer neben öffentlichen Körperschaften partizipieren und zwar in der Weise, daß die öffentliche Hand, sei es kraft ihres Kapitalanteils, sei es kraft Gesetzes oder Statuts, Konzession oder Vertrag, den entscheidenden Einfluß besitzt"[181].

Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen erscheinen in den handelsrechtlichen Gesellschaftsformen der Genossenschaften, der Gesellschaften m.b.H.

---

179) S.o. 2. Abschnitt B. II. 2., S.49.

180) Passow, Gemischte Unternehmungen, S.1.

181) Kaiser, S.52; Saitzew, Öffentliche Unternehmung, S. 55.

und der Aktiengesellschaften[182]. Als Beispiel kann man sich etwa eine "Wohnbau GmbH" vorstellen, an der einerseits eine Stadtverwaltung und andererseits ein Konsortium privater Geldgeber beteiligt sind.

Anzumerken ist noch, daß die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen den Public Utilities des amerikanischen Rechts angenähert sind[183]. Ferner ist zu erwähnen, daß dieser vermittelnde Unternehmungstypus vielfach negativ beurteilt wird. Die Praxis habe gezeigt, daß in der Mehrzahl der Fälle die gemischtwirtschaftliche Unternehmung keine nutzbringende Synthese zweier verschiedenartiger Unternehmungstypen darstelle, sondern vielmehr ein Kompromiß zweier einander wesensmäßig fremd gegenüberstehender Betriebsprinzipien sei[184].

---

182) Duhmer, Öffentliches Vermögen, S.63: Den Besitz von mindestens 1o % der Aktien sieht man als "Beteiligung" an, den Besitz unter 1o % als Kapitalanlage.

183) Haussmann, ÖH S.27 ff. und passim. Ders., Public Utilities.

184) Vetter, S.14 ff. und S.16.

Zur gemischtwirtschaftlichen Unternehmung vgl. ferner: Fleiner, S.124; Forsthoff, Lehrb.,S.436; Frey, S.24; Heusser, S.17; Kruse, S.66; Liefmann, S.29o ff.; Richter, S.88; Schürmann, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmung; Sigloch, S.25 und S.13o ff.; Spohn, S.3o3 f.; Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.2oo.

3. Abschnitt

Überblick
über Entstehung, Ausbreitung und Umfang

A. Die Motive

Folgende Gründe und Motive haben zur öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit geführt[185]:

1. Fiskalisches Gewinnstreben

Als wichtiges Motiv sind finanzpolitisch-fiskalische Gründe anzusehen; dies insbesondere bei den Erwerbsunternehmungen. Vielfach, besonders im Gemeindebereich, handelt es sich um eine Begleiterscheinung der Finanznot. Gerade die Gründung von derartigen, auf Gewinn gerichteten Konkurrenzbetrieben hat die Privatwirtschaft zu ihrer Stellungnahme gegen die öffentlich-wirtschaftliche Betätigung veranlaßt.

2. Unfähigkeit der privaten Wirtschaft

Das Fehlen privaten Unternehmergeistes und besonders privaten Kapitals ist als weiterer Grund für die Errichtung öffentlicher Unternehmungen zu nennen. Es kann aus diesen Gründen zur Übernahme illiquid gewordener, aber volkswirtschaftlich notwendiger Privatunternehmun-

---

185) Die Gründe behandeln und erläutern u.a.: Bayer, S.1o; von Beckerath, S.353; Forsthoff, Lehrb. S.452 f.; Frey, S.54; W.Gerber, S.27 ff.; Gütebier, S.3 u.15 ff.; Hansen, S.2 ff.; Heusser, S.12 ff.; Heymann, S.42; Keller, Eigenwirtschaft, S.18o ff.; Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.1o5 f.; Kruse, S.53 ff.; Ceftering, S.5; Richter, S.73 ff.; Schnettler, S.299 ff.; Straßmann, S.3 f.; Tautscher, Öffentliche Wirtschaft, S.184 ff.; Vetter, S.4 f. u. 12 ff.;

gen kommen. Das gleiche geschieht, wenn der private Unternehmer staatliche Subsidien nicht zurückzahlen kann oder wegen schlechter Rentabilitätsaussichten den Betrieb aufgeben muß. (Beispiel aus der letzten Zeit: Versuch zur Sanierung der Borgward-Werke durch die Stadt Bremen.) In zahlreichen Fällen handelt es sich einfach um die Auffüllung von Lücken im privatwirtschaftlichen Betätigungsfeld.

3. Allgemeine staats-, wirtschafts-, bevölkerungs- und sozialpolitische Gründe

Ihnen verdanken besonders die öffentlichen Versorgungsunternehmungen ihre Entstehung. Diese Motivgruppe wird auch als "Wahrnehmung sozialwirtschaftlicher Interessen" oder als "Notwendigkeiten der Daseinsvorsorge" gekennzeichnet und behandelt. Hier kann auch etwa das Ziel der Erhaltung und Stärkung bestimmter Berufs- und Bevölkerungsschichten eine Rolle spielen, z.B. Errichtung öffentlicher Unternehmungen in Zonenrandgebieten. Unter diesem Gesichtswinkel entstanden und entstehen viele Staats- und Kommunalunternehmungen, bei denen öffentlicher Besitz und öffentliche Verwaltung die beste Voraussetzung zur Befriedigung und Wahrung ihrer sozialwirtschaftlichen Zweckbestimmung bieten. So soll die öffentlich-wirtschaftliche Verwaltung bei der Post ein sicheres Nachrichtenwesen und bei der Bahn ein zuverlässiges Verkehrswesen sicherstellen.

4. Staatliches Machtstreben sowie Sozialisierungs- und Lenkungsabsichten

Hier sind besonders die um eine Verstaatlichung der Produktionsmittel und eine Vollsozialisierung der Wirtschaft kreisenden Gedankengänge zu erwähnen. Je nach den unterschiedlichen Auffassungen über das Wesen und die Aufgaben des Staates (liberal oder sozialistisch) wird die gesamtwirtschaftliche Bedeutung dieser Motive anerkannt oder warnend darauf hingewiesen, daß

hierdurch an den Grundlagen des Gemeinwesens gerüttelt werde.

5. Kriegs- und nachkriegswirtschaftliche Belange

Die zweimalige Kriegswirtschaft hatte das Bedürfnis nach schneller Errichtung von kriegswichtigen Anlagen und von großen Betrieben für die Produktion von Kriegsmaterial zu befriedigen. Diese Bedürfnisse haben vornehmlich den Staat zu gesteigerter eigener Wirtschaftstätigkeit gezwungen. Hier sind öffentliche Unternehmungen unter dem Druck anomaler Zeiten und Verhältnisse entstanden.

6. Historische Gründe

Beispiele sind die sogenannten staatlichen Traditionsunternehmungen, wie Porzellan- und Goldschmiedemanufakturen, Domänen, Forste und Eisenbahnen zu nennen.

7. Motiv der Bekämpfung privater Monopole

Die Neigung bestimmter Unternehmungen zur wirtschaftlichen Monopolbildung hat dazu geführt, sie der öffentlichen Hand anzuvertrauen, um so die bei einem privaten Monopol möglicherweise entstehenden Gefahren für die Gesamtwirtschaft auszuschließen.

8. Weiterhin wird das Anlagemotiv genannt, worunter das Bestreben zu verstehen ist, die sich zeitweise in der öffentlichen Hand anhäufenden Steuergelder (Juliusturm) gewinnbringend anzulegen.

B. Überblick über die Zeit bis 1945

I. Die Ausdehnung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit

Trotz einer im Vergleich zu früheren Zeiten (Merkantilismus) liberalistischen Grundeinstellung im Wirtschaftsleben hatten zu Beginn unseres Jahrhunderts Staat und Gemeinden als Wirtschaftsunternehmer Eingang in viele Wirtschaftszweige gefunden. Auf ihrem Produktions- und Vertriebsprogramm standen Lebensmittel und Kleidungsstücke, Sportartikel und Kinderspielzeug, Lokomotiven, Kohlen, Filme und vieles andere. Ihr Betätigungsgebiet umfaßte Musik- und Tanzschulen, Kabarett- und Varietébetriebe und Gaststätten[186]. So vielseitig wurde die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit, daß sich für jeden der im Handelsgesetzbuch aufgezählten kaufmännischen Gewerbebetriebe Beispiele staatlicher oder gemeindlicher Unternehmertätigkeit finden ließen[187]. In einigen Wirtschaftszweigen hatte sich die öffentliche Hand durch Ausschaltung der Privatwirtschaft nahezu eine Monopolstellung verschafft. Hierfür ist als Beispiel - von Bahn und Post ganz abgesehen - besonders die Energiewirtschaft zu nennen. Aus einem Überblick über die wichtigsten kommunalen Unternehmungen für das Jahr 1907 ergibt sich, daß bereits zu dieser Zeit 94 % aller Wasserwerke, 64,5 % aller Gaswerke und 41 % aller Elektrizitätswerke im Gemeindebesitz waren[188]. Für 1925 wird der Anteil öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen an der Elektrizitätserzeugung mit 85 - 89 % angegeben[189]. Schätzungen für

---

186) Vgl. dazu Staudinger, S.52 - 54; Sogemeier, insbesondere den umfassenden Überblick über die Betätigungsgebiete des Reiches, Preußens und der übrigen Länder, S.82 ff.; Vetter, S.21.

187) Kaiser, S.12 - 14.

188) Berndorff, S.61.

189) von Beckerath, S.354; Vetter, S.2o.

die Zeit Mitte der 2o-er Jahre, anfangs der 3o-er Jahre ergeben, daß die öffentliche Hand etwa 1/5 der Gesamtwirtschaft durch eigene Unternehmungen und Beteiligungen kontrollierte. Der Geldwert der Leistungen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit ist für 1925 auf 1o bis 12 Mrd. Reichsmark berechnet worden, was annähernd dem jährlichen Produktionswert der deutschen Schwerindustrie bzw. dem Jahreswert der deutschen landwirtschaftlichen Erzeugung entsprochen haben soll[19o].

Das Deutsche Reich war in den Jahren nach dem Ersten Weltkrieg zu einer Wirtschaftsmacht geworden, hauptsächlich durch Übernahme von Kriegswirtschaftsbetrieben. Es werden Zahlen genannt - die Gesamtzahl der öffentlichen Unternehmungen im Reichsgebiet soll sich 1925 auf rd. 22 5oo belaufen haben, in denen 11 % aller in der Wirtschaft beschäftigten Personen tätig gewesen sein soll - aus denen sich ergibt, daß das Reich als größter öffentlicher Unternehmer in Erscheinung trat[191].

In der Zeit nach 1933 war diese Entwicklung natürlich nicht zum Stillstand gekommen. Zwar fand auf einigen Gebieten eine (Re-)Privatisierung statt, aber viel stärker fiel ins Gewicht das Eindringen in bisher in privatem Besitz befindliche Unternehmungen (Reichsrundfunkgesellschaft, UFA) und die Neugründungen öffentlicher Unternehmungen (Saar-Bergbau AG; Reichswerke Hermann Göring AG, Volkswagenwerk). Für 1943 ist ermittelt worden, daß sich etwa 1/3 des Vermögens der gewerblichen Wirtschaft direkt oder indirekt in der öffentlichen Hand befand.

19o) Huber, WiVwR. Bd.1, S.52o; Saitzew, Öffentliche Unternehmung, S.6.

191) Vetter, S.17; vgl. für diesen Zeitabschnitt außer den Genannten noch: Knolmann, S.9 ff.u. S. 5o ff.; Niebuhr, S.37 ff.; Richter, S.7o u. S. 72 ff.

II. Das Entstehen von Reichs- und Länderkonzernen

Ein besonders anschauliches und interessantes Bild von der Entwicklung vermitteln die in dem genannten Zeitraum entstandenen Reichs- und Länderkonzerne. Diese Konzerne wurden aus einer Vielheit von Unternehmungen und Tochtergesellschaften der verschiedensten Wirtschaftszweige zusammengeschlossen, die über das ganze Staatsgebiet verteilt und einer von staatlichen Verwaltungsstellen geleiteten Dachgesellschaft (Holding Company) unterstellt waren. An der in der Dachgesellschaft zusammengefaßten Unternehmungen bestand eine meist erhebliche prozentuale oder volle Kapitalbeteiligung des Staates.
Die größte und bekannteste Dachgesellschaft des Reiches ist die im Jahre 1923 mit einem Aktienkapital von 600 Mill. Reichsmark errichtete Vereinigte Industrie AG (VIAG). Als weiterer Reichskonzern sei der 1936 ins Leben gerufene Reichswerkekomplex angeführt[192].

Als Landeskonzern ist vor allem von Bedeutung der von Preußen im Jahre 1929 errichtete Unternehmungszusammenschluß der VEBA (Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks AG) mit seinen Tochtergesellschaften Preag (Preußische Elektrizitäts AG), Preußag, (Preussische Bergwerks- und Hütten AG) und Bergwerksgesellschaft Hibernia AG[193].

---

192) Zu den Reichskonzernen vgl. insbesondere Guggenheim, Der deutsche reichseigene Industriekonzern und Hansen, S.12 ff.

193) Ausführlich zu den Preußen-Konzernen: Seidel, S.141 ff.; Saitzew, Öffentliche Unternehmung, Anm.31 und 41.

C. Überblick über die Zeit nach 1945

In der Zeit nach 1945, insbesondere nach Errichtung der Bundesrepublik, sind Veränderungen insofern eingetreten als

1. eine echte Bereitschaft zur Privatisierung anzutreffen ist,
2. mit der geforderten und erforderlichen Offenlegung des Vermögens öffentlicher Unternehmungen - vgl. Art. 11o Abs. III GG - begonnen wurde[194] und
3. keine großangelegten Sozialisierungstendenzen mehr mit der öffentlichen Unternehmertätigkeit verknüpft sind wie in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg.

Hinsichtlich des Umfangs der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit[195] haben sich hingegen wohl noch keine entscheidenden Änderungen ergeben. Trotz Anlaufens des Unternehmens Volksaktie, von dem bisher ja nur ein verhältnismäßig kleiner Teil bundeseigener Unternehmungen erfaßt worden ist und trotz des Verkaufs einiger Werke, ist eine wesentliche Verringerung des Gesamtumfangs bisher nicht eingetreten. Das Gegenteil scheint der Fall zu sein, wenn eine Untersuchung des Deutschen Industrieinstituts in Köln[196]

---

194) Erstmalig wurde mit dem Bundeshaushaltsplan 1954 eine Aufstellung über die Beteiligungen vorgelegt und erläutert. Dazu: Atzenroth, S.13. Aufgrund von Bundestagsbeschlüssen v.23.6.1955 und v.4.7.1958 wurden in die Allgemeinen Vorbemerkungen zu den Haushaltsplänen der folgenden Jahre weitere tabellarische Übersichten und Einzeldarstellungen aufgenommen.

195) Über Umfang und Zusammensetzung unterrichten neben den genannten Bestandteilen der Bundeshaushaltspläne u.a. folgende Abhandlungen: Breidbach, S.76 ff.; Bund als Unternehmer; Duhmer, Öffentliches Vermögen II, S.48 - 86; Hirche, S.72 ff.; Huber, WiVwR. Bd.1, S.526 ff. u. Bd.2, S.787 ff.; Strassmann, Unternehmensverzeichnis; Strickrodt, S.33, Anm.1.

196) Breidbach, S.11o.

zutreffend ist, wonach sich der Beteiligungsbesitz des Bundes (einschließlich Sondervermögen), der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände in einer Wertgrößenordnung von insgesamt 27 bis 28 Mrd. DM bewegen soll.

I. Unternehmungen und Beteiligungen des Bundes

Der Bund ist als der mit Abstand größte industrielle Konzernunternehmer der Bundesrepublik bezeichnet worden[197]. Der Gesamtrechnungswert des wirtschaftlichen Bundesbesitzes wird in den Allgemeinen Vorbemerkungen zum Bundeshaushaltsplan 1960 mit 2,67 Mrd. DM angegeben. Andere, private und halbamtliche Schätzungen und Berechnungen liegen zwischen 3 Mrd. und 10 Mrd. DM je nach Ausgangspunkt, Berechnungsgrundlage und wohl auch Interessenrichtung[198]. Die Bundeskonzerne[199] stehen den früheren Reichskonzernen an Umfang keineswegs nach, da die ehemaligen Reichsbeteiligungen gemäß Artikel

---

197) Fischer, Bundeserwerbsunternehmen, S.419; Kruk, S.5.

198) Breidbach, S.92; DÖV, 1956/3, S.27 u. 1957/1, S.33. Zu weiteren Schätzungen und Berechnungen: Fischer, aaO, S.42o f.; DÖV 1959/2, S.77.

199) Über Zusammensetzung und Entwicklung der Bundeskonzerne im einzelnen: Bonner Kommentar, Erl. C. 8b) und c) zu Art.134 BGG, S.884 ff.; Bund als Unternehmer; Bund als Konzernunternehmer; DÖV 1958/2, S.14 - 16 u. 1958/4, S.1o - 12; Duhmer, Öffentliches Vermögen II, S.142 ff.; Haussmann, CH, S.45 ff.; Huber, wie in Anm.195); Oeftering, DÖV 1956/3, S.21 ff.; Schmölders, S.157 ff.; Strassmann, Unternehmensverzeichnis. Vgl. auch Statistik in: FAZ v.16.1.1954 Nr.13, S.1o; Graph.Darst. in: "Der Spiegel" 13.Jhg. Nr.6 v.18.2.1959, S.17.
Kruk, aaO, resümiert: "In der Vielfalt seiner Erzeugnisse ist der Konzern der bundeseigenen Unternehmungen so buntscheckig wie kaum ein anderer zuvor. Mit erschreckender Deutlichkeit wird offenbar, wie weit verzweigt dieser Konzern ist, welch gewaltigen Umfang er erreicht hat und wie viele Wirtschaftsgebiete er berührt".

134 Abs.I GG im Bereich des Bundesgebietes auf den Bund übergegangen sind und ihm auch das beträchtliche Vermögen des Staates Preußen gemäß Artikel 135 Abs.VI GG zugefallen ist[200].

Die Dachgesellschaften der Industriekonzerne des Bundes sind:

die VIAG (Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG) Bonn,
die VEBA (Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks-AG) Hamburg,
die AGBEHÜ (AG für Berg- und Hüttenbetriebe) Berlin/Salzgitter,
die IVG (Industrie-Verwaltungs GmbH) Bad Godesberg,
die BfDL (Bund für Deutsche Luftfahrt AG i.L.) Berlin,
die AGfBi (AG für Binnenschiffahrt) Bad Godesberg.

II. Unternehmungen und Beteiligungen der Länder und Gemeinden

In den Ländern spielen vor allem die Energieversorgungs- und Verkehrsunternehmungen eine große Rolle. Zuverlässige Gesamtdarstellungen über die Vermögens- und Beteiligungswerte der Länder sind schwer zu erlangen, weil diese sich in der Offenlegung ihrer Vermögensverhältnisse zurückhalten. Die genannte Untersuchung des Deutschen Industrie-Instituts beziffert den Vermögenswert auf 3 bis 3,5 Mrd. DM[201]. Man kann sich nur dem Wunsch anschließen, daß auch über das Wirtschaftsvermögen der Länder in ähnlicher Weise wie vom Bund Rechenschaft abgelegt würde[202].

---

200) Allerdings nur auf Grund einer "vorläufigen" Regelung durch Gesetz vom 21.7.1951 (BGBl.I. S.467) mit DurchfVO vom 26.7.1951, (BGBl.I. S.471).

201) Breidbach, S.107.

202) Atzenroth, S.13.
Einen Durchblick vermitteln: Duhmer, Öffentliches Vermögen II, S.72 ff. und Strassmann, Unternehmensverzeichnis.

Über den Umfang der Gemeindeunternehmungen ist ein erschöpfender Überblick nicht bekannt und wohl auch nicht zu erwarten. Ihr Vermögenswert wurde 1953 auf 1o Mrd. DM geschätzt[2o3)] und wird jetzt in der Industrie-Institut-Untersuchung mit etwa 13 Mrd. DM angegeben[2o4)].

2o3) Pröbsting, S.14 ff.

2o4) Breidbach, S.11o.

Zweiter Teil

RECHTLICHE UMGRENZUNG

DER

ÖFFENTLICH-WIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMERTÄTIGKEIT

1. Abschnitt

Die bestehenden rechtlichen Grenzen

Eine zusammenhängende gesetzliche Regelung, die sich speziell mit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit befaßt oder sie gar umgrenzt, gibt es bisher nicht. Daher muß ein Hinweis auf die wenigen gesetzlichen Bestimmungen genügen, die zu dieser Tätigkeit Stellung nehmen und im übrigen untersucht werden, ob und inwieweit verfassungsrechtliche Grundsätze und Gesichtspunkte ihr Grenzen setzen.

A. Die Umgrenzung durch gesetzliche Einzelbestimmungen

I. Die Bestimmungen in den Gemeindeordnungen

Die Gemeindeordnungen begrenzen die wirtschaftliche Unternehmertätigkeit der Gemeinden bekanntlich sowohl im Hinblick auf die eigenen gemeindlichen Unternehmungen als auch auf die Beteiligungen an selbständigen Unternehmungen in detaillierter Weise. Vorläufer der heutigen Regelung sind das Preußische Gemeindefinanzgesetz von 1933 (§§ 58 und 86 ff.) und die Deutsche Gemeindeordnung von 1935 (§§ 67 - 75).

Als Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Unternehmertätigkeit verlangen die Gemeindeordnungen nahezu übereinstimmend, daß die gemeindeeignenen Unternehmungen

1. durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind,
2. nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinden (und zum voraussichtlichen Bedarf) stehen und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

(In Schleswig-Holstein und Hessen fehlt das Erfordernis zu 3.; in Bayern und Nordrhein-Westfalen wird zum Erfordernis zu 1. noch verlangt, daß der rechtfertigende öffentliche Zweck dringend ist). Ähnliche Voraussetzungen wie hier für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von Unternehmungen stellen die Gemeindeordnungen zu den Beteiligungen auf, wobei sie zumeist noch strengere Maßstäbe anlegen.

Durch diese im großen und ganzen bewährte gesetzliche Regelung ist auf der Gemeindeebene eine gute Lösung und Arbeitsgrundlage erreicht. Für den Bereich der kommunalen Unternehmertätigkeit kann daher das Problem einer Umgrenzung als weitgehend gelöst angesehen werden.

II. Die reichs- und bundesgesetzlichen Bestimmungen

1. Haushaltsrechtliche Bestimmungen

Gesetzliche Bestimmungen, die sich mit den öffentlichen Unternehmungen befassen, finden sich in der Reichshaushaltsordnung (RHO) von 1922 (RGBl. 1923 II , S.17) und den dazu ergangenen Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden (RWB) von 1929 (Reichsministerialblatt S.49)[2o5]. Sie sind jedoch nur auf die Beteiligungen an selbständigen Unternehmungen abgestellt. Für die Frage einer Grenzziehung sind lediglich die §§ 48 RHO und 6o RWB von Bedeutung.

§ 48 RHO, eine Sollvorschrift, schreibt vor, daß sich der Bund nur an Erwerbsunternehmungen beteiligen soll, wenn dafür die Form einer AG, einer KG a.A. oder einer GmbH gewählt wird. Ferner

---

2o5) Die Weitergeltung dieser Gesetze ergibt sich aus § 1, Abs.1 des Gesetzes vom 7. Juli 195o, RGBl. S.199; vgl. Vialon, S.293 f.

wirkt er darauf hin, daß sich der Bund bei der Gründung einer solchen Unternehmung den nötigen Einfluß sichern soll. Seine Erfordernisse werden durch § 6o RWB verschärft, der die Zustimmung des Finanzministers für die Beteiligung des Bundes an bestehenden und für die Gründung neuer Unternehmungen vorsieht und an einigen Rechtshandlungen dessen Mitwirkung anordnet. Er erklärt ferner die Beteiligung nur dann für zulässig, wenn

1. ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt,
2. die Inanspruchnahme der Bundesmittel nicht zu einem Nachteil für den Bund führt und
3. das vom Bund angestrebte Ziel sich nur durch eine solche Beteiligung erreichen läßt.

Aus dem Gesetz über die Haushaltsführung, Rechnungslegung und Rechnungsprüfung der Länder vom 17.6.1936 (RGBl. II S.2o9) läßt sich entnehmen, daß diese Bestimmungen auch auf die Länder Anwendung finden sollen.

Inwieweit die Vorschriften praktisch befolgt werden oder sich bewährt haben, kann an dieser Stelle nicht nachgeprüft werden. Sicher werden sie einer allzu großen Beteiligungsbereitschaft einen gewissen Einhalt gebieten, jedoch dürften sie nicht einmal annähernd dazu geeignet und wohl auch gar nicht dazu bestimmt sein, die staatliche Unternehmertätigkeit merklich zu begrenzen. Sie werden als unzulänglich und nicht ganz eindeutig kritisiert. Ihre der Bedeutung des Gegenstandes keineswegs angemessene Placierung und das Zustandekommen ohne die Hinzuziehung der gesetzgebenden Instanz - die RWB sind von der damaligen Reichsregierung erlassen - werden als ursächlich für die in vielfacher Beziehung erfolgende Nichtbeachtung angesehen. Auch wird darauf hingewiesen, daß andernfalls die vollkommene Entartung der Beteiligungswirtschaft im Dritten Reich unter den Augen des Reichsfinanz-

ministers und des Rechnungshofes nicht hätte eintreten können[206].

2. Wettbewerbsrechtliche Bestimmungen

Durch ihre Teilnahme am Wirtschaftsleben treten die öffentlichen Unternehmungen, ebenso wie die privaten, mit anderen Wirtschaftssubjekten in Wettbewerb. Dies gilt uneingeschränkt zumindest für die öffentlichen Erwerbsunternehmungen. Auch sie wollen, mit dem Ziel geschäftlicher Vorteilserreichung, andere in ihren Leistungen überholen oder zumindest nicht hinter deren Leistungen zurückbleiben. Die Grenzen des Wettbewerbs der Privatwirtschaft werden bekanntlich durch die einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen des BGB und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gesetzt.

a) Die Anwendbarkeit

Die Frage, ob diese Bestimmungen auch zur Begrenzung der Wettbewerbstätigkeit der öffentlichen Unternehmungen heranziebar sind, kann im Hinblick auf die in privatrechtlicher Form organisierten öffentlichen Unternehmungen zweifelsfrei bejaht werden. Sie stehen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht gleichgeordnet neben den privaten Unternehmungen und geben insoweit zu einer Sonderbehandlung keinen Anlaß.
Im allgemeinen ist man der Ansicht, daß das gleiche auch für die in öffentlich-rechtlicher Form organisierten Unternehmungen zutrifft, so daß also die Mitbewerber der Unternehmer der öffentlichen Hand ihre Ansprüche grundsätzlich

---

206) Duhmer, Öffentliches Vermögen I, S.45; ders., Öffentliches Vermögen II, S.41 f.; Vialon, Erl.5 zu § 48 RHO; Strickrodt, S.37, Anm.6; siehe auch: Forsthoff, Lehrb. S.459; Grussendorf, S.16 ff.

auf die privatrechtlichen Wettbewerbsvorschriften stützen könnten ohne Rücksicht auf die Organisationsform[207]. Vom Reichsgericht[208] wird hierzu ausgeführt:

> "Wenn ein Verband des öffentlichen Rechts bei Ausübung eines Gewerbebetriebes unlauteren Wettbewerb begehen sollte, so kann er hierfür in gleicher Weise verantwortlich gemacht werden wie jeder andere Gewerbebetrieb".

Als die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen kommen vor allem die §§ 1 und 13 UWG i.V.m. § 826 BGB in Betracht[209]. Das entscheidende Kriterium rechtlich erlaubten Wettbewerbs liegt also auch für die öffentlichen Unternehmungen in einem Verhalten, das "gegen die guten Sitten" verstößt. Insofern kann man hier von einer Begrenzung öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit durch gesetzliche Einzelbestimmungen sprechen.

b) Fälle von Wettbewerbsverstößen

Die Fälle, in denen Wettbewerbshandlungen öffentlicher Wirtschaftsunternehmer als sittenwidrig angesehen werden müssen, sind zahlreich und verschiedenartig. Im Vordergrund stehen die Fälle, die zu kennzeichnen sind als "Monopolmißbrauch", als "Mißbrauch öffentlich-rechtlicher Machtstellung" ("Mißbrauch der be-

---

207) Gütebier, S.33 und 36 f.; Kümmel, Fälle der mißbräuchlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr und ihre Bekämpfung durch BGB und UWG. Frey, S.72, hält es dagegen für nicht geklärt, ob und inwieweit auch eine öffentliche Anstalt einen unlauteren Wettbewerb begehen kann.

208) RGZ Bd.116, S.2 u.28 ff.; Bd.138, S.178.

209) Dahinter treten mangels größerer Bedeutung im Kampf gegen wirtschaftsschädigendes Verhalten die §§ 823 Abs.I, 824, 1004 BGB zurück; Kümmel, S.12.

hördlichen oder der öffentlich-rechtlichen Autorität") und als "Mißbrauch der Abgabenhoheit". Bei diesen Kennzeichnungen handelt es sich um Oberbegriffe, denen sich Einzelfälle unterordnen lassen. Eine eingehende Würdigung dieser Wettbewerbsfragen ist in der Literatur bereits erfolgt, wo man die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit vielfach allein unter dem Gesichtswinkel des Wettbewerbs und der Konkurrenz bewertet und behandelt hat[21o]. Ohne hierauf näher einzugehen, muß doch bezweifelt werden, daß das aus dem Zivilrecht entlehnte Merkmal der Sittenwidrigkeit einen ausreichenden Schutz vor öffentlich-wirtschaftlichem Konkurrenzmißbrauch, vor unlauterer Verhaltensweise der öffentlichen Wirtschaftsunternehmer und damit eine stabile Grenze öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit darstellt.

3. Sonstige Bestimmungen

Gesetzliche Bestimmungen, die sich zwar nicht mit einer Umgrenzung, wohl aber in anderer Hinsicht mit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit befassen und daher nicht unerwähnt bleiben sollen, sind:
§§ 15 (i.V.m. 6 RWB), 85, 86, 88 Abs.I Satz 3 RHO. Sie regeln haushalts-, buchungs- und prüfungstechnische Fragen im Zusammenhang mit den "kaufmännisch eingerichteten Reichsbetrieben". § 47 RHO, der die Veräußerung von Vermögensgegenständen des Bundes und dabei u.a. auch der Anteile an gesellschaft-

---

21o) Einzeltatbestände bei Kümmel, aaO und bei Vetter, S.59 ff. Zusammenstellung wichtiger RG-Entscheidungen hierzu bei Gütebier, S.VIII. Vgl. auch Bernstein, S.1o71 f.; Sogemeier, Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft.

lichen Unternehmungen regelt.
Verordnung vom 6.1o.1931 (RGBl. S.537, S.562: V. Teil, Kap. VIII) = "Dritte VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung wirtschaftlicher Ausschreitungen" mit einer ganzen Reihe von Durchführungsverordnungen; u.a. DVO vom 3o.3.1933 (RGBl.I, S.18o) und vom 13.1.1949 (VOBl. Brit.Zone S.2o). Sie betreffen hauptsächlich die Prüfungspflicht für die "Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand".
Art.15 Bonner Grundgesetz (GG), der die Sozialisierung betrifft, vgl. u. S.102 ff.
Art.134 Abs.IV und V GG und die dazu ergangenen Regelungen des Gesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse des Reichsvermögens und der preußischen Beteiligungen vom 21.7.1951 (BGBl. I S.467) nebst DVO vom 26.7.1951 (BGBl.I S.471). Durch sie werden die Verwaltungsbefugnisse über die Vermögenswerte, insbesondere auch die wirtschaftlichen Beteiligungen, des Reiches und Preussens voneinander abgegrenzt.

4. Die Unvollkommenheit der gesetzlichen Regelung auf der Staatsebene

Bund und Länder haben hinsichtlich einer Umgrenzung den Gemeinden nichts Entsprechendes an die Seite zu stellen. Auf der staatlichen Ebene ist die gesetzliche Regelung zur Unternehmertätigkeit lückenhaft und unvollkommen; es lassen sich, wie gezeigt, allenfalls bei Teilfragen Gesichtspunkte für eine rechtliche Umgrenzung herleiten.
V i a l o n [211] spricht von einer Verkümmerung vermögenswirtschaftlicher Bestimmungen und bemerkt hierzu:

---

211) Vialon, Erl. 1 und 3 zu § 47 RHO.

"Die Vermögenswirtschaft der öffentlichen Hand in Deutschland liegt im Argen. Dies bezieht sich weniger auf ihren finanzwirtschaftlichen Zustand oder gar auf ihren inneren Charakter, als auf das Fehlen ausreichender materieller und formeller Vorschriften".

F o r s t h o f f [212] meint zwar, daß die neuere Gesetzgebung sich geneigt zeige, den öffentlichen Unternehmungen Schranken zu setzen und einen prinzipiellen Vorrang der Privatwirtschaft anzuerkennen, aber offenbar soll damit auch nur auf die Regelung in den Gemeindeordnungen Bezug genommen werden. Jedenfalls kommt er selbst zu dem Schluß, daß den §§ 67 und 69 DGO entsprechende Bestimmungen für Bund und Länder und sonstige Verwaltungsträger fehlen. Die Gründe hierfür sieht er darin, daß die mit den öffentlichen Unternehmungen verfolgten Verwaltungszwecke ebensowohl durch Aufsichts- und Lenkungsmittel erreicht werden können, die der öffentlichen Verwaltung in so reichem Maße zugeteilt seien. V e t t e r (S.45) sieht den Grund in dem Umstand, daß man den wirtschaftlichen Entwicklungsprozeß nicht übereilen und zunächst die Erfahrungen der gesetzlichen Regelung auf dem kommunalen Gebiet abwarten wollte. Diesen beiden Gründen für die Unvollkommenheit der bisherigen gesetzlichen Regelung ist als dritter noch die wirtschaftspolitische Unentschiedenheit gegenüber der staatswirtschaftlichen Unternehmertätigkeit hinzuzufügen, vgl. unten S.122 ff.

---

212) Forsthoff, Lehrb. S.456.

B. Die verfassungsrechtliche Umgrenzung

Bei dem Versuch, eine nicht normierte wirtschaftliche Erscheinung rechtlich zu fixieren und zu umgrenzen, stößt man notwendigerweise auf die Frage nach dem Vorhandensein, dem Inhalt und der Bedeutung einer Wirtschaftsverfassung. Sie hätte Ausgangspunkt für die rechtliche Umgrenzung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit zu sein, denn "ob der Staat und seine Körperschaften selbst als Wirtschaftssubjekte in Aktion treten dürfen, entscheidet die staatliche Wirtschaftsverfassung"[213].

Es liegt nahe, die Wirtschaftsverfassung in der gegebenen Staatsverfassung - also dem Grundgesetz - ausfindig zu machen bzw. aus ihr heraus zu entwickeln. Die Untersuchung erstreckt sich auf die beiden Fragen:

1. Bringt das Grundgesetz eine Wirtschaftsverfassung zur Geltung, aus der sich Anhaltspunkte für die rechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit gewinnen lassen?
2. Verstößt die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit gegen Bestimmungen und Grundsätze des Grundgesetzes und ergibt sich aus dieser Unvereinbarkeit mit der geltenden Verfassung die Notwendigkeit einer Begrenzung oder völligen Einstellung dieser Tätigkeit?

---

213) Vetter, S.22.

I. Allgemeines zur staatlichen Wirtschaftsverfassung

Bevor zu der ersten Frage, ob nämlich das Grundgesetz eine Wirtschaftsverfassung zur Geltung bringt, Stellung genommen werden kann, sollen zunächst einige grundlegende Gedanken zum Begriff und zu den Eigenheiten einer Wirtschaftsverfassung allgemein dargelegt werden[214].

1. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftssystem

Auch auf dem Gebiet des Wirtschaftsverfassungsrechts ist leider noch eine große terminologische Unklarheit und Unsicherheit zu bemerken. Zu der Frage, was man überhaupt unter einer Wirtschaftsverfassung zu verstehen hat, hat sich noch keineswegs eine einhellige Meinung herausgebildet. Vielmehr wird darüber Klage geführt, daß die Begriffe Wirtschaftsordnung, -system und -verfassung wahllos durcheinander verwendet würden und ihre wissenschaftliche Fixierung noch nicht erreicht sei[215]. Immerhin kann in Bezug auf die Wirtschaftsverfassung festgestellt werden, daß man darunter entweder den tatsächlichen Seins-Zustand oder aber die rechtliche Ordnung der Wirtschaft zu verstehen hat. Das folgt aus der Doppelbedeutung des Wortes "Verfassung", mit dem einmal ein Zustand = ein Sein, zum anderen aber ein Normensystem = ein Sollen bezeichnet werden kann[216]. Im Unterschied zu der geschriebenen, rechtlich relevanten, kann eine Verfassung im Sinne des rein tatsächlichen, seinsmäßigen Zustandes nicht Anknüpfungspunkt für ver-

---

214) Vgl. zur Vertiefung des Themas Wirtschaftsverfassung, das hier nur gestreift werden kann: Ehmke, S.7 ff.

215) Eichler, S.34 f.; Tschierschky, S.15 f.

216) Rinck, S.16 Rdnr. 56.

fassungsrechtliche Überlegungen sein oder Verbindlichkeit für Rechtsprechung, Verwaltung und Gesetzgebung begründen[217].

Nicht identisch mit der Wirtschaftsverfassung ist das, was man als das Wirtschaftssystem kennzeichnet. Das System sagt etwas aus über die grundlegenden Ideen, nach denen die Wirtschaftsführung einer bestimmten Epoche aufgebaut ist[218]. Das System wird als der Körper, die Verfassung als seine Form anschaulich zu machen versucht[219]. Als Modelle und Grundformen der Wirtschaftssysteme werden die Verkehrswirtschaft (die freie Wirtschaft, die Marktwirtschaft) einerseits und die Zentralverwaltungswirtschaft (die gebundene Wirtschaft, die Planwirtschaft) andererseits genannt[220].

Dies vorausgeschickt, seien als Beispiele für viele andere Deutungs- und Erklärungsversuche der rechtlich relevanten Wirtschaftsverfassung angeführt: Sie ist "die durch politische Entscheidung festgelegte Gesamtkonzeption einer Wirtschaftsordnung" und "die Summe aller Normen, die die ökonomische Grundentscheidung eines Volkes darstellen", sie ist "die Grundordnung der Wirtschaftsgemeinschaft", "die rechtliche Festlegung einer wirtschaftlichen Ordnung", "die Gesamtentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens eines Gemeinwesens" oder "das staats- und volkswirtschaftliche Gewand, in dem sich ein bestimmtes Wirtschaftssystem präsentiert"[221].

---

217) Forsthoff und Tarnow in: Ratgeber von Parlament und Regierung, S.131 ff. u. S.146; Krüger, Grundgesetz, S.8; Rinck, aaO.

218) Neumann, S.598.

219) Tschierschky, S.24.

220) Ballerstedt, DÖV 1951, S.160 r.Sp.; Eichler, S.58; Eucken, S.78 ff.; Huber, WiVwR. Bd.1, S.32 ff.; Isele, S.171; Strauß, S.13.

221) Ballerstedt, DÖV 1951, S.160; Böhm, Ordnung der Wirtschaft, S.16; Eucken, S.86; Raiser, S.192; Scheuner, S.18 f.; Tschierschky, S.24 u. S.96. Weitere Definitionen: Huber, WiVwR. Bd.1, S.23 f.; Köhler, S.713; Neumann, S.595 bis 600; Nipperdey, S.18.

Für F o r s t h o f f [222] bedeutet sie "die Schaffung von Institutionen und die Einrichtung eines Verfahrens zum Zwecke des Ausgleichs zwischen den Sozialpartnern", R i n c k [223] definiert sie als "die Summe der Gesetze und Verfassungsnormen, in denen der Staat Freiheit, Überwachung und Lenkung der Wirtschaft vorausbestimmt".

2. Die Wirtschaftsverfassung im materiellen und formellen Sinne.

Die Wirtschaftsverfassung mit rechtlicher Relevanz besteht aus einer Anzahl von Grundsätzen und Normen. Teils werden diese allmählich vom Gesetzgeber entwickelt und erscheinen in der weniger stabilen Form einfacher Gesetze, Kompetenz- und Organisationsnormen, teils werden sie ihrer überragenden Bedeutung wegen in der Verfassungsurkunde des Staates niedergelegt, z.B. die Eigentumsgarantie oder das Recht auf die freie Berufswahl.
Die Summe der erstgenannten Grundsätze und Normen, die sich aus dem Gesamtzusammenhang der verschiedensten gesetzlichen Regelungen ergeben, bilden die Wirtschaftsverfassung im materiellen Sinne. Sind die für die rechtliche Ordnung der ökonomischen Güter und Kräfte maßgebenden Vorschriften vollständig oder überwiegend in die Staatsverfassungsurkunde aufgenommen, so entsteht formelles Wirtschaftsverfassungsrecht, liegt eine Wirtschaftsverfassung im formellen Sinne vor[224].

Für die weiteren Erörterungen kann nur noch die Wirtschaftsverfassung im formellen Sinne Interesse

---

222) Forsthoff, Wirtschaftsverfassung, S.131 u.136.

223) Rinck, S.2o Rdnr. 68.

224) Zur Wirtschaftsverfassung im formellen u.materiellen Sinne ausführlich Huber, WiVwR.Bd.1, S.26 u.27; zur erstgenannten ferner Rinck, S.17 u.35.

beanspruchen, da die in Betracht kommenden materiellen (haushaltsrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen und sonstigen) Bestimmungen mit Bezug auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bereits geprüft worden sind, vgl. oben S.79 ff.
Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, wie weitgehend eine Normierung vorgenommen sein muß, um das Vorhandensein einer Wirtschaftsverfassung im formellen Sinne annehmen zu können. Nach B ö h m ist eine Wirtschaftsverfassung ein Inbegriff von Normen[225]. Er stellt an eine moderne Wirtschaftsverfassung die folgenden Anforderungen: Sie muß eine klare und eindeutige politische Willensentscheidung zur Grundlage haben; diese Entscheidung muß in unmißverständlicher Verkündungsform zur Geltung erhoben worden sein und inhaltlich eine echte Entscheidung zugunsten eines in sich geschlossenen wirtschaftspolitischen Ordnungssystems sein. Dagegen sollten solche Entscheidungen, die einer inhaltlich bestimmten Stellungnahme ausweichen und den Wirtschaftsprozeß ohne klares Ziel und ohne technische Ordnung lassen, nicht als eine Wirtschaftsverfassung gelten dürfen.
Andere stellen nicht so strenge Anforderungen in formalrechtlicher Hinsicht, wobei sie von der Erkenntnis ausgehen, daß sich die Grundlagen des wirtschaftlichen Lebens kaum in einem geschlossenen System von Normierungen zusammenfassen lassen. Zur Wirtschaftsverfassung werden alle jene verfassungsrechtlichen Normen gerechnet, welche den Rahmen und die Formen festlegen, innerhalb deren sich die Wirtschaftskräfte entfalten können[226]. Eine Gesamtentscheidung im positiven und überpositiven

---

225) Böhm, Ordnung der Wirtschaft, S.54 u.S.57; ebenso Isele, S.171.

226) Würdinger, S.722.

Verfassungsrecht soll genügen, um eine Wirtschaftsverfassung als gegeben anzusehen[227]. Es wird sogar für ausreichend gehalten, wenn die maßgebenden Prinzipien nicht besonders hervortreten, sondern in der Grundanlage der Rechtsordnung einbeschlossen sind[228].

3. Die "gemischte Wirtschaftsverfassung" und die Konformität von Wirtschafts- und Staatsverfassung

Die Wirtschaftsverfassung kann die Ordnungsform für ein ganz bestimmtes Wirtschaftssystem abgeben und diesem zu seiner Durchsetzung verhelfen. So demonstriert der Osten, wie ein Wirtschaftsgefüge ganz und gar auf das System der staatlich-sozialistischen Zentralverwaltungswirtschaft ausgerichtet wird. Dieser Vorgang spiegelt sich in der formellen Wirtschaftsverfassung wider[229]. In einem freien Staatswesen bleibt dagegen kaum etwas anderes übrig, als in einem Verfassungskompromiß über die ökonomischen Doktrinen hinweg die verschiedenen Standpunkte und heterogenen Faktoren zu vereinigen. Hier steht die "gemischte Wirtschaftsverfassung" im Vordergrund. Man versteht darunter eine Wirtschaftsverfassung, die verschiedene Wirtschaftssysteme nebeneinander zur Geltung kommen läßt, die dem Wirtschaftsleben einen Spielraum zur Kombination verschiedener Systeme beläßt. Eine solche gemischte Wirtschaftsverfassung ist in der Lage, die beiden unvereinbar erscheinenden Bestrebungen nach indi-

---

227) Strickrodt, S.4o.

228) Scheuner, S.18.

229) Vgl. Art.4 der Sowjetverfassung: "Die ökonomische Grundlage der UdSSR bilden das sozialistische Eigentum an den Produktionsinstrumenten und -mitteln...". Entsprechend widmet auch die Verfassung der sog. DDR der "Wirtschaftsordnung" einen eigenen Absatz.

vidueller Freiheit einerseits und nach sozialer Bindung der Wirtschaftsfreiheit im Interesse des Volksganzen andererseits in ihrem Geltungsbereich auszugleichen.
Die Stimmen mehren sich deshalb, welche eine derartige Kombination begrüßen und jede durchgängige Verwendung des einen oder anderen Systems als verfehlte Prinzipienreiterei ablehnen[230]. R a i s e r weist darauf hin, daß sich in gewissen Grenzen sogar Befehlswirtschaft mit Privateigentum und auch Gemeineigentum mit Formen der Wettbewerbswirtschaft als vereinbar erwiesen haben. Er rät, daß wir den Weg zwischen Staatstrust und Kolchoswirtschaft auf der einen, monopolkapitalistisch verhärteter Privatwirtschaft auf der anderen Seite suchen und uns dabei der Formen des Privat- und des Gemeineigentums nebeneinander bedienen sollen[231]. Ein solches "wirtschaftsverfassungsrechtliches Ordnungsgefüge gemischten Stils"[232] verhindere ein Abrutschen in einen Hyperliberalismus und in ein totalitäres Lenkungssystem und dränge sich als zwischen den ideologischen Extremen liegende Lösung bei der Untersuchung des Themas der öffentlichen Hand in der Wirtschaft als Untersuchungsgegenstand auf. Es wird auch darauf hingewiesen, daß wirtschaftsgeschichtlich die Zwischentypen und Typenvermischungen eine häufige Erscheinung

---

230) Raiser, S.2oo, Strickrodt, S.4o, nennt eine Reihe von Autoren, die zu dem Schluß kommen, "daß ein irgendwie mit Lenkungsfunktionen gemischtes System freier Wirtschaft, eine auf verfassungsausgleich und -verständigung unter den Ideologien und Interessen gerichtete Staatspolitik im Medium einer im wesentlichen auf freiwirkende Impulse ihrer Partner angewiesenen Wirtschaftsgemeinschaft realiter gegeben und also auch nicht wegzudisputieren sei".

231) Raiser, S.197 f.

232) Huber, WiVwR. Bd.1, S.25.

sind und gemischte Wirtschaftsordnungen in Europa und den USA vorherrschen[233]. Ein gutes Beispiel für einen solchen Wirtschaftsverfassungskompromiß und damit eine "gemischte Wirtschaftsverfassung" liefert die Weimarer Reichsverfassung von 1919. In ihr waren wirtschaftliche Freiheitsrechte mit Prinzipien der kollektiven und der staatlichen Gebundenheit kombiniert[234].

Die Variierungs- und Entfaltungsmöglichkeiten verschiedener Wirtschaftssysteme innerhalb einer Wirtschaftsverfassung haben allerdings dort ihre Grenze, wo sie gegen die unbedingt einzuhaltende Konformität von Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung verstoßen würde. Zwischen beiden muß ein enger wechselseitiger Zusammenhang bestehen und gewahrt bleiben, da sonst gefährliche Spannungen auftreten müßten. Wie auch immer die Wirtschaftsverfassung im einzelnen ausgestattet sein mag, sie muß auf jeden Fall mit der geltenden politischen Verfassung im Einklang stehen. Durch die politische Verfassungsentscheidungen entfallen damit möglicherweise von den zu Gebote stehenden Wirtschaftssystemen das eine oder das andere als gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßend und damit als unzulässig. Praktisch bedeutet Konformität in diesem Sinne, daß etwa eine Zentralverwaltungswirtschaft oder eine totale Staatswirtschaft unvereinbar sind mit einer freiheitlich-demokratischen Staatsverfassung wie umgekehrt eine derartige Verfassung niemals die Form abgeben könnte für die genannten Systeme[235].

---

233) Haussmann, ÖH, S.4 u. S.7; Strauß, S.13.

234) Huber, WiVwR. Bd.1, S.29; ders., Wirtschaftsstaat, S.5 ff.; Glum, S.146; Krüger, Grundgesetz, S.9.

235) Zur Konformität: Böhm, Ordnung der Wirtschaft, S.6o; ders., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S.7 ff.; Ballerstedt, DÖV 1951, S.161; Krüger, S.364 ff.; Scheuner, S.18; Strauß, S.7.

II. Das Grundgesetz und das Problem einer Wirtschaftsverfassung

1. Das Fehlen einer Wirtschaftsverfassung im streng formellen Sinne

Bei der Frage nach einer Wirtschaftsverfassung in oder unter dem Bonner Grundgesetz kann man zunächst einmal nicht an der Tatsache vorbei, daß das Grundgesetz - anders als die Weimarer Reichsverfassung in ihren Artikeln 151 ff. - zum Wirtschaftsleben ausdrücklich kaum eine Stellung bezieht. Es bringt, gemessen an dem streng formellen Maßstab, den etwa B ö h m oder I s e l e anlegen (s.o.S.90 mit Anm. 225) keine Wirtschaftsverfassung zur Geltung. Auf die Errichtung einer Wirtschaftsverfassung im streng formellen Sinne ist bei Schaffung des Grundgesetzes mit Rücksicht auf die damalige Ungewißheit über die künftige Entwicklung bewußt verzichtet worden. Man wollte nicht "schlafende Hunde aufwekken"[236]. Auch sollte durch den Verzicht auf eine ins Einzelne gehende Regelung die Vorläufigkeit der Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes erkennbar gemacht werden.

Aus diesem Schweigen des Grundgesetzes läßt sich leicht der Schluß ziehen, daß es keine Entscheidung für ein bestimmtes wirtschaftstheoretisches Modell, Programm oder System enthält. Hiervon gehen die folgenden beiden Ansichten aus:

1. Die Ansicht von (der Garantie) der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität.
(Hauptvertreter: K r ü g e r , DVBl. 1951, S.361 ff. und H a m a n n , Kommentar zum GG, S.11f.)

---

236) Schüle, VVDStRL Bd.11, S.147.

2. Die Ansicht von der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Entscheidungsfreiheit.
(Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 2o.7.1954 über die Rechtmäßigkeit des Investitionshilfegesetzes, BVerfGE Bd.4 (1956), S.7 ff. = NJW 1954, S.1235; ferner: S c h e u n e r , S.19 ff. (21) und BB 1955, S.264).

Die beiden Ansichten unterscheiden sich nur in den Folgerungen, die sie aus der von ihnen angenommenen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Nichtentscheidung des Grundgesetzes ziehen. So meint K r ü g e r (Ansicht zu 1.), daß daraus ein Verbot an den Gesetzgeber folge, sich für ein bestimmtes Programm oder Modell zu entscheiden oder Einzelgesetze zu erlassen, die die Wirtschaft im Sinne irgendeiner prinzipiellen Konstruktion festzulegen versuchen. Der Ansicht ist entgegengehalten worden, daß sie zum Nachtwächterstaat mit manchesterlich-liberaler Passivität führen müsse[237]; H a m a n n weist dies als Mißverständnis zurück, da Krüger sehr wohl eine aktive Wirtschaftspolitik bejahe und der Akzent auf ideologische Neutralität zu setzen sei[238].

Die Ansicht zu 2. zieht aus der angenommenen Nichtentscheidung den umgekehrten Schluß, daß nämlich dadurch dem Gesetzgeber die Entscheidungsfreiheit eingeräumt sei, das Wirtschaftssystem in beliebiger Richtung zu entwickeln. Das Bundesverfassungsgericht führt u.a. aus (S.17 f.):

" Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Gesetzgebungs- und Regierungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde 'soziale

---

237) Ballerstedt, DÖV 1951, S.159 ff.; Haussmann, ÖH, S.83, Anm.1; Huber, WiVwR. Bd.1, S.3o; Müller, S.742.

238) Hamann, Kommentar I A 6, S.12; ders. RuW, S.31 f.

Marktwirtschaft'. Die 'wirtschaftspolitische Neutralität' des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht es dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.... Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann". 239).

2. Die Ansichten von der Garantie der sozialen Marktwirtschaft bzw. der gemischten Wirtschaftsverfassung

Es ist schwer vorstellbar, daß das Nichtvorhandensein einer positivrechtlich normierten Wirtschaftsverfassung im Bereich des Grundgesetzes auch das Fehlen eines klaren und verfassungsrechtlich garantierten Ordnungsgedankens in wirtschaftlichen Fragen bedeuten soll. So führt R a i s e r (S.181) aus:

"Die Frage nach der rechten Wirtschaftsordnung, nach dem Verhältnis von Staat und Wirtschaft, die Entscheidung zwischen Privat- und Gemeineigentum, zwischen freier und geplanter Wirtschaft gehört zu den Problemen, von denen eine moderne Verfassung nicht schweigen darf".

Eine Verfassungsexegese, die eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Nichtentscheidung des Grundgesetzes ergäbe, entspräche nach S t e r n (S.326 f.) weder dem Willen des Verfassungsgebers noch dem objektiven Gehalt des Grundgesetzes. Ein wirtschaftsverfassungsrechtlicher Neutralismus und Indifferentismus sei unvereinbar mit der Entscheidung für einen freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat. Eine Verfassung, die in so wesentlichen Punkten

---

239) Vgl. zu dieser Entscheidung auch G.Müller, S.22 f.

der Norm und der Dezision entbehrte, müßte in verhängnisvoller Agonie erstarren. Und Strickrodt (S.6) meint hierzu, eine Entscheidung liege notwendigerweise vor, wenn auch ihre Bestimmung manchen Zweifeln ausgesetzt sei. Viele Bemühungen sind daher darauf gerichtet, die Grundzüge einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Entscheidung zu ermitteln, auch wenn diese nicht ohne weiteres in Erscheinung treten. Solche Überlegungen um eine Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz über die bloße Negierung hinaus sind verständlich. Es besteht, wie (o.S.90) kurz dargelegt, durchaus keine Notwendigkeit, unter einer Wirtschaftsverfassung nur ein geschlossenes System von verfassungsrechtlichen Normen zu verstehen. Im Gegenteil kann sich die Grundordnung des Wirtschaftslebens auch aus dem Zusammenhang von an sich ganz verschiedenartigen Einzelbestimmungen ergeben. Und zweifellos setzen die Grundrechtsartikel sowie einige Leitgrundsätze und Organistionsnormen des Grundgesetzes auch der wirtschaftlichen Entwicklung einen gewissen Rahmen[24o)].

So meint insbesondere Nipperdey [241)], daß sich das Grundgesetz nach dem Wesensgehalt der freiheitsverbürgenden Grundrechte der Artikel 2 - 19 GG für ein bestimmtes Modell der Wirtschaftstheorie, nämlich die soziale Markt- oder Wettbewerbswirtschaft entschieden habe. Diese Ansicht von der Garantie der sozialen Marktwirtschaft hat allerdings so wenig Anklang gefunden, daß sie heute wohl nur noch als Sondermeinung Interesse beanspruchen kann. Huber hält es für das Überraschendste an jener Ansicht, daß sie den sozialdemokratischen Abgeordneten des Parlamentarischen Rates unterstellt, sie

---

24o) G.Müller, S.19; Scheuner, S.58.

241) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft.

hätten bei der Zustimmung zum Grundgesetz ein von ihnen grundsätzlich bekämpftes Wirtschaftssystem verfassungsrechtlich sanktioniert und sich damit die Verwirklichung ihres eigenen Wirtschaftsprogramms für immer unmöglich gemacht[242]. H a - m a n n weist darauf hin, daß die Verfassungsartikel, aus denen die Garantie der sozialen Marktwirtschaft hergeleitet wird, auch in einer anders gestalteten, z.B. in einer gemäßigten Lenkungswirtschaft oder in einer rein liberalen Wirtschaftsordnung, durchaus realisierbar wären[243]. W ü r - d i n g e r (S.722) hält wohl mit Recht die bestehende Marktwirtschaft für einen Zustand, der nicht einem verfassungsrechtlichen Gebot entspricht, sondern dessen Existenz in der gegebenen politischen Konstellation begründet liegt[244].

Als letzte der "vier im Streit befangenen Meinungen um das geltende Wirtschaftsverfassungsrecht"[245] ist diejenige vom Bekenntnis des Grundgesetzes zu einer gemischten Wirtschaftsverfassung (s.o.S.100 f.) hervorzuheben. Dieses Bekenntnis wird gefolgert aus dem Nebeneinander von individuell-freiheitlichen Gewährleistungen (in den Artikeln 2 Abs. I, 9, 11, 12, 14, verstärkt durch Artikel 19 Abs. II und IV GG) und von sozialen Vorbehalten (in den Artikeln 14 Abs. II, 15, 2o, 28 GG). Die verfassungs-

---

242) Huber, WiVR. S.97, 2.

243) Hamann, Kommentar, Einf.I A 6., S.11 f.

244) Ausdrücklich oder dem Sinne nach sprechen sich ferner gegen die Ansicht Nipperdeys u.a. aus: Ballerstedt, Wirtsch.Verf.R. S.60; Haussmann, BB 1954, S.813 ff. und DÖW 5/1955, S.30; v.Koehler, NJW 1954, S.1552, insbes. Anm.6); Krüger, Grundgesetz, S.10; v.Mangoldt-Klein, S.174; Wie Nipperdey: Krieger, S.234.

245) Huber, WiVR; vgl. auch G.Müller, S.21.

rechtliche Grundentscheidung für eine gemischte Wirtschaftsverfassung fasse individualrechtliche Freiheitsverbürgungen und sozialrechtliche Freiheitsbindungen in einem System ausgleichender Ordnung zusammen. Sie schließe damit nicht nur (negativ) den Übergang sowohl zu einer extrem individualistischen als auch zu einer extrem kollektivistischen Wirtschaftsordnung aus; sie gebiete vielmehr auch (positiv) die Verwirklichung eines auf Ausgleich, Verständigung und Kooperation gerichteten wirtschaftsverfassungsrechtlichen Programms.

Diese zuerst von H u b e r [246] entwickelte Lehre, nach der durch die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes eine Wirtschaftsordnung geschaffen ist, bei der sich privatwirtschaftliche und öffentlich-wirtschaftliche, vorwiegend ertragsorientierte und vorwiegend gemeinnützige Wirtschaftskräfte legal nebeneinander entfalten können, hat viel direkte und indirekte Zustimmung erfahren[247]. Nach H a m a n n steht diese Lehre weder mit der Auffassung von der ideologischen Neutralität noch zumindest praktisch mit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 4/7 ff. in Widerspruch[248]. Kritisiert wird sie neuestens allerdings von S t e r n (S.327). Durch ihr Theorem des Sowohl-als-auch und der unentschiedenen Gleichgewichtslage ergebe sich aus der Lehre Hubers für Legislative und Exekutive nicht die dringend benötigte Interpretationsrichtlinie. G e b a u e r (S.319) meint, daß man anstatt von einer gemischten besser von einer "alternativen" Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes sprechen würde.

246) Huber, WiVR S.98; ders. WiVwR Bd.1, S.30 u.S.45.

247) Ballerstedt, WiVR, S.60; Haussmann, ÖH., S.83; Isele, S.173; Maunz-Dürig, Rdnr.44 zu Art.2; G.Müller, S.25; Scheuner, S.58.

248) Hamann, WiVR S.33; vgl. die interessante Auseinandersetzung Hubers, DÖV 1956, S.98, Anm.4, mit der von ihm verneinten Frage, ob der BVerfGE über § 31 Abs.I BVerfGG bindende Wirkung zukomme.

III. Das Grundgesetz und die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit

1. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und die Wirtschaftsverfassung

Die Anwendung der vorangegangenen Erörterungen auf die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit kann nur zur Verneinung der eingangs (oben S.86 zu 1.) gestellten Frage führen: Das Grundgesetz bringt keine geschlossene Wirtschaftsverfassung zur Geltung, aus der heraus sich bestimmte und konkrete Grenzen für die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit gewinnen oder entwickeln ließen. Dabei ist es von geringer Bedeutung, welchen Standpunkt man zu dem Streit um das Vorhandensein und die Art einer Wirtschaftsverfassung einnimmt. Schließt man sich der Lehre von der Nichtentscheidung des Grundgesetzes an, so ergibt sich als selbstverständlich, daß auch für oder wider die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit keine Entscheidung getroffen worden ist. Neigt man der Ansicht von der gemischten Wirtschaftsverfassung zu, so muß man das Miteinanderbestehen eines Bereiches privater und eines solchen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit anerkennen, solange nicht einer der Bereiche ein erkennbares Übergewicht gegenüber dem anderen bekommt. Etwas anderes wird sich auch nicht ergeben, wenn man die Ansicht von der Garantie der sozialen Marktwirtschaft bevorzugt. Der genaue Standpunkt dieser Ansicht ist insofern nicht klar, als Nipperdey stets nur von zulässigen bzw. unzulässigen "Staatseingriffen" spricht[249] ohne ersichtlich zu machen, wo hierbei die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ihren Platz haben soll.

---

249) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S.21 ff.

2. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und Einzelbestimmungen des Grundgesetzes

Als Bestimmungen, mit denen sich das Grundgesetz ausdrücklich und direkt auf die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit bezieht, kann man allenfalls diejenigen ansehen, in denen es das Post-, Eisenbahn- und Luftverkehrswesen der Gesetzgebung des Bundes unterstellt (Art.73 Ziff.6 u.7, Art.87 Satz 1 GG), die Errichtung einer Bundesbank vorschreibt (Art.88 GG) und die "kaufmännisch eingerichteten Betriebe des Bundes" (Art.11o Abs.IV GG) erwähnt. Es fehlt im Grundgesetz ein Satz, wie ihn die Weimarer Reichsverfassung in ihrem Artikel 156 Abs.I Satz 2 enthielt. Dieser Satz lautete:

> Das Reich "kann sich selbst, die Länder oder die Gemeinden an der Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände beteiligen oder sich daran in anderer Weise einen bestimmenden Einfluß sichern."

Die Reichsverfassung wollte mit diesem Satz offenbar dem Wunsch Ausdruck geben, daß sich der Fiskus als Unternehmer betätigen sollte[25o]. Soll man aus dem Fehlen eines entsprechenden Satzes im Grundgesetz den Schluß ziehen, daß dieses sich der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit gegenüber zurückhaltender oder gar ablehnend verhält? Für einen entschiedenen Gegner der öffentlichen Unternehmertätigkeit könnte dies ein willkommenes Argument sein, zumal im übrigen der Inhalt des Artikels 156 WRV sinngemäß in den Artikel 15 GG aufgenommen worden ist. Sehr überzeugend dürfte dieses Argument jedoch nicht sein. Die Reichsverfassung enthielt schließlich viele Bestimmungen, die sich im Grundgesetz nicht ausdrücklich wiederfinden, die aber ganz unzweifelhaft auch unter seiner Herrschaft Geltung haben. Freilich wäre auch das entgegengesetzte Argument verfehlt: die öffentlich-wirtschaft-

---

25o) Scupin, S.9.

liche Unternehmertätigkeit ist im Nachkriegsdeutschland eine so selbstverständliche Erscheinung, daß es einer dem Artikel 156 Abs. I entsprechenden Bestimmung im Grundgesetz nicht bedurfte. Vielmehr wird man sich damit abfinden müssen, daß es hier um Fragen geht, zu denen das Grundgesetz auch in Einzelbestimmungen kaum Stellung bezieht.

a) Oder sollte dem vorigen Satz der Artikel 15 GG entgegenstehen, der den Gesetzgeber ermächtigt, Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel zum Zwecke der Vergesellschaftung in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft zu überführen?
Das könnte für die rechtliche Umgrenzung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit von großer Bedeutung sein. Es ist daher angebracht, das Verhältnis der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit, wie sie hier charakterisiert wurde, zu Artikel 15 GG etwas näher zu beleuchten.

Wenn in Artikel 15 GG von der Überführung der Produktionsmittel in Gemeineigentum oder andere Formen der Gemeinwirtschaft zum Zwecke der Vergesellschaftung die Rede ist, so ist damit "Sozialisierung" gemeint[251]. Ob die hier behandelte öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit eine Ausdrucksform der Sozialisierung und somit im Rahmen des Artikels 15 von Bedeutung ist, läßt sich wiederum wegen Begriffsunsicherheit nur schwer beantworten. Der Begriff der Sozialisierung teilt mit dem der Gemeinwirtschaft das Schicksal der

---

251) Gieseke, S.5; Maunz, S.141.

Vieldeutigkeit[252]. Begriffe wie "Sozialisierung", "Verstaatlichung" und "Nationalisierung" werden teils als identisch, teils als verschiedenartig[253] behandelt; auch zwischen "Gemeineigentum" und "Staatseigentum" wird unterschieden[254], wobei richtigerweise unter Gemeineigentum wohl Staatseigentum und Eigentum anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu verstehen ist[255].

G e r b e r gelangt in einer Untersuchung über die Beziehungen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit zum sozialistischen Wirtschaftsideal[256] zu dem Ergebnis: Eine Bedeutung auch nur als Teilverwirklichung dieses Ideals komme ihnen nicht zu und die "ihr so oft zugestandene Eigenschaft als primitives Werkzeug zur Sozialisierung" (S.34) scheine sich höchstens bei den hier als vorwiegend gemeinnützig angesprochenen Unternehmungen (s.o. S.43 ff.) zu äußern.
S a i t z e w tritt der "allgemein verbreiteten Auffassung" entgegen, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zum Sozialismus führe[257]. Die öffentliche Unternehmung sei vielmehr (S.72) ein Bestandteil des modernen Kapita-

---

252) Gieseke, S.5; Schnettler, S.36 f.; s.o. 1. Teil, B.I. 2b, S.15 ff. Scupin meint, S.9, daß "Gemeineigentum" und "Gemeinwirtschaft" völlig offene Begriffe seien. Zu Fragen der Sozialisierung und Gemeinwirtschaft s.die Ausführungen u. umfangr. Lit.-hinweise bei Huber, WiVwR. Bd.2, S.141 ff. Hedemann, S.157 ff.; Gieseke, aaO; Schnettler, S.45 ff.

253) Rosenfeld, S.98 ff.

254) Mangoldt-Klein, Art.15 I, 3.

255) Giese, Art.15 II, 4., S.42.

256) W.Gerber, S.31 ff. Vgl. auch Liefmann, S.113 ff.; "Die öffentl.Untern. und die Sozialisierung.

257) Saitzew, Öffentl.Unternehmung, S.17/18.

lismus und zwar kein Element seiner Zersetzung sondern eine Ergänzung seines Hauptexponenten, der privaten Unternehmung.
Die Verschiedenartigkeit zwischen öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit und Sozialisierung zeigt sich wohl am ehesten an der Unterschiedlichkeit der Entstehungs- und Tätigkeitsmotive. Den Motiven der ersteren, die aufgezeigt wurden (s.o. S.67 ff.), steht bei letzterer die Absicht der Überführung ganzer Gruppen von Unternehmungen oder ganzer Wirtschaftszweige in Formen des Gemeineigentums gegenüber[258]. Sozialisierung ist "sozialpolitische Maßnahme zur strukturellen Änderung der überkommenen Wirtschaftsverfassung"[259]. Sie darf, da "nur zum Zwecke der Vergesellschaftung" zulässig, nicht aus rein fiskalischen Gründen erfolgen oder nur ein Hilfsmittel der staatlichen Wirtschaftspolitik sein[26o]. Sie schließt jede fiskalisch tendierende Eigentumsentziehung aus[261].
Demnach empfiehlt es sich, die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit - jedenfalls in ihren bisherigen Erscheinungsformen und Größenordnungen - nicht mit Sozialisierung gleichzusetzen. Letztere ist etwas Weitergehendes, eine "höhere Form der Vergesellschaftung"[262]; zu der formellen Rechtsträgerschaft der öffentlichen Hand muß bei ihr noch hinzukommen, daß durch die Verwaltungsführung die Vergesellschaftung gewährleistet wird. "Öffentliche Betriebe" und "Sozialisierung" sind Begriffe auf verschiedenen Ebe-

---

258) Scheuner, S.44 und S.87.

259) Giese, Art.15 II, 1., S.41; Maunz, S.141.

26o) Mangoldt-Klein, Art.15 IV, 2.

261) Giese, aaO.

262) Ipsen, S.1o9; darüber, daß auch Wirtschaftslenkung und Sozialisierung inkommensurable Begriffe sind, vgl. Hamann, RuW, S.25 f.

nen[263]. Die Verschiedenartigkeit wird dadurch unterstrichen, daß allgemein auch das Eigentum der öffentlichen Hand für sozialisierungsfähig angesehen wird[264].

Selbst wenn man anderer Meinung sein und die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit für "ein Stück Sozialismus"[265] halten oder sie zu den "typischen Formen der Sozialisierung"[266] rechnen sollte, so käme dem Artikel 15 für das zu behandelnde Thema doch kaum eine Bedeutung zu. Er enthält keinen Verfassungsauftrag und dürfte angesichts der rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklung in der Bundesrepublik jedenfalls in absehbarer Zeit keine praktische Anwendung erfahren. R i d d e r stellt sogar die Erwägung an, daß Art. 15 als ein "vehementer Spannungsausgleich quasi-revolutionärer Art" durch Nichtbeachtung obsolet geworden sein könnte[267]. Wie G. M ü l l e r anführt, soll allerdings K r ü g e r in einer soeben erschienenen Abhandlung[268] eine andere Ansicht vertreten. Danach soll Artikel 15 ein Gebot, einen Verfassungsauftrag, enthalten, vom Inkrafttreten des Grundgesetzes an alles zu unterlassen, was eine künftige Sozialisierung erschweren könnte. Staatliche Unternehmungen, die nach Artikel 15 sozialisiert werden könnten, sollen nicht mehr privatisiert werden dürfen; wenn der Gesetzgeber in sozialisierungsfähigen Wirt-

---

263) Schnettler, S.36 u.S.43 f.; zu den "sozialisierten oder nationalisierten Unternehmen" siehe auch Raiser, DJT, S.B 7o f.

264) Huber, WiVwR. Bd.2, S.167; Ipsen, S.1o9; Mangoldt-Klein, Art.15 V, 4b, S.466.

265) Muthesius, S.73o.

266) Berndorff, S.63.

267) Ridder, S.14. Zweifelnd dazu Mangoldt-Klein, Art.15 II, 7., S.459.

268) G.Müller verweist auf diese Abh. S.21 f.

schaftszweigen eine Neuordnung vornehme, dürfe er dies nur in der Richtung auf eine Sozialisierung hin tun können[269]. Im allgemeinen ist man jedoch der mit dem Wortlaut des Artikels 15 ("... können ...") übereinstimmenden Meinung, daß dieser lediglich eine Ermächtigung enthält, den Gesetzgeber aber nicht zum Tätigwerden in einem bestimmten Sinne zwingt[270].

Als Ergebnis wäre festzuhalten, daß Artikel 15 GG zwar dem äußeren Anschein nach etwas, in Wirklichkeit aber nur sehr wenig mit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit zu tun hat. Jedenfalls rechtfertigt er nicht eine auf ihre Ausweitung gerichtete Argumentation. Die Folgerung, daß eine Verfassung, die ausdrücklich die Sozialisierung gestattet, damit zugleich auch weniger schwerwiegende Eingriffe des Staates auf wirtschaftlichem Gebiete rechtfertige, wäre unrichtig[271].

b) Der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG)

Ein häufig erhobener und schwerwiegender Vorwurf gegen die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ist der des Verstoßes gegen den Grundsatz der tatsächlichen und rechtlichen Gleichbehandlung[272]. Dieser Vorwurf richtet sich dagegen,

---

269) Ähnlich Ipsen, S.102: Das Grundgesetz hat mit Art.15 die Sozialisierung zum Inhalt seiner Entscheidung gemacht.

270) von Mangoldt-Klein, Art.15 II 4., S.459 mit Literaturangaben; Maunz, S.141.

271) Hamann, RuW, S.25 A 2.; ders. WiVR, S.164.

272) Vgl. u.a. Frey, S.72 ff. und S.96; Heusser, S.50; Knollmann, S.29; Niebuhr, S.60: "Unbilliger Vorsprung im Konkurrenzkampf gegen privatwirtschaftl. Unternehmungen", S.64: "Vollkommene Verschiebung und Zerstörung des Wettbewerbsverhältnisses zu Ungunsten der Privatwirtschaft", S.70: "Wettbewerb auf durchaus ungleicher Grundlage mit dem übrigen Teil der deutschen Wirtschaft". Sogemeiner, passim.

daß dem Staat Gelegenheit gegeben sei, seine eigene Unternehmertätigkeit gegenüber derjenigen privater Unternehmer zu bevorzugen; hierdurch gehe gewollt oder ungewollt die aus dem Gesetz fließende Gleichheit verloren[273]. Die "künstlich geschaffene Ungleichheit zu Lasten der Privatwirtschaft"[274] beruht auf einer Reihe von Ursachen, die auf den Gebieten des Wettbewerbs und der Konkurrenz, der Ausnutzung von Machtpositionen und der steuerlichen Sonderbehandlung liegen. Soweit es sich dabei um Fälle sittenwidriger und unlauterer Wettbewerbsverstöße handelt, können die allgemeinen Wettbewerbsgesetze Abhilfe schaffen (s.o. S.81 f.). Diese können jedoch nicht ausreichen, wo sich für die öffentlichen Unternehmungen eine bessere Ausstattung an Wettbewerbskampfmitteln allein aus deren enger Verbindung mit dem Träger öffentlicher Gewalt ergibt[275]. Daraus können sich Tatbestände ergeben, die zwar denen des unlauteren Wettbewerbs ähneln, die aber doch von eigener Art sind. Als Beispiel läßt sich etwa die Tendenz zur Bevorzugung öffentlicher Unternehmungen bei der Erteilung von Staats- und städtischen Aufträgen

---

273) H.Huber, 5.Kap.: "Die Durchbrechung der Gleichheit", S.77.

274) Niebuhr, S.56.

275) Strickrodt führt mit Recht aus (S.51, Anm. 21): "Die Staatsverwaltung, unter deren Verantwortung die öffentlichen Unternehmen in die Arena der Konkurrenz heruntersteigen, stellt in ihrer durch die Gesamtheit des staatlichen Verwaltungs- und Regierungsapparates repräsentierten Einfluß- und Gestaltungsmacht die äußerste Spitze dessen dar, was in einer Konkurrenzwirtschaft überhaupt an Größe, innerer Geschlossenheit, Tatsachenkenntnis, Einflußmöglichkeit und Weisungsgewalt denkbar ist".

zum Zwecke der Absatzerleichterung anführen[276]. Das wird kaum stets als "unlauterer Wettbewerb" aufzufassen sein, aber die Empörung darüber, daß die aus der Privatwirtschaft stammenden öffentlichen Mittel nun praktisch zu deren Nachteil Verwendung finden, ist verständlich und wohl auch berechtigt. Ähnlich kann es sein bei Fällen des Einsatzes behördlicher Autorität oder öffentlicher Gelder zu Wettbewerbszwecken. Für die öffentlichen Unternehmungen bringt die hinter ihnen stehende, mit Herrschaftsgewalt gewonnene Finanzmacht des Staates nicht zu unterschätzende Vorteile mit sich[277]. Die Chance von Zuschüssen und Krediten aus öffentlichen Mitteln schafft eine Sicherheit und Rückendeckung, die der private Unternehmer im allgemeinen nicht zur Verfügung hat. Bürgschaften oder sonstige Sicherheiten des Staates oder der Kommunen für ihre geldsuchenden Unternehmungen erleichtern die Aufnahme von Krediten auch aus Privathand. In jeder Hinsicht vorteilhaft ist es, daß ein Konkurs der Unternehmensträger weder praktisch vorstellbar noch rechtstechnisch überhaupt möglich ist[278] und Zwangsvollstreckungen nur in beschränktem Umfange stattfinden können[279].

Besondere Gelegenheiten zur Bevorzugung öffentlicher Unternehmungen gegenüber privaten ergeben sich auf dem Gebiete der Besteuerung. Lange Zeit hindurch war es so, daß der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit zum Leidwesen der

---

276) Vgl. hierzu: Breidbach, S.34; Hellwig, S.22; Niebuhr, S.61; Tatbestand des BGH-Urteils vom 3o.1o.1963 (Ib ZR 72/62).

277) Vgl. Breidbach, S.36 ff.; Spohn, S.3o2.

278) Jaeger, § 213, Anm.1; Kaiser, S.34 f.

279) Kaiser, S.3o f. und S.57.

Privatwirtschaft[28o] das Privileg weitgehender Steuerfreiheit eingeräumt war. Die "heiß umstrittene Frage der Besteuerung der öffentlichen Hand"[281] ist immer wieder zum Gegenstand ausgedehnter Untersuchungen gemacht worden. Mit ihnen soll beantwortet werden, ob und auf welchen Gebieten eine Steuerbefreiung oder -erleichterung besteht und wieweit hier Ablehnung oder Zustimmung am Platze ist. Hinsichtlich beider Punkte wird auf diese Untersuchungen und Stellungnahmen verwiesen[282]; hier ist es nicht möglich, jeden Betätigungszweig der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit hinsichtlich jeder Steuerart an Hand der bestehenden Steuergesetze zu überprüfen, was für die Gewinnung eines objektiven Bildes erforderlich wäre. Aus dem Vergleich einer Untersuchung aus jüngster Zeit (Breidbach, aaO), die sich wenigstens in Umrissen dieser Aufgabe unterzieht, mit früheren Untersuchungen dieser Art ergibt den Eindruck, als habe eine Entwicklung auf den zumindest teilweisen Abbau steuerlicher Sonderbehandlungen hin stattgefunden. Es

---

28o) Sogemeier, S.41: "Man hat aus unseren Betrieben durch eine viel zu we tgehende steuerliche Gesetzgebung alles herausgepreßt, was herauszupressen war und hat auf der anderen Seite die Betriebe der öffentlichen Hand steuerlich freigestellt. Dadurch hat man es den öffentlichen Betrieben möglich gemacht, in einem mit ganz ungleichen Mitteln geführten und von ungleichen Voraussetzungen ausgehenden Konkurrenzkampf ständig an Boden zu gewinnen".

281) Köttgen, Öffentliche Anstalt, S.131.

282) Insbesondere: Breidbach, S.3c ff.; Gutknecht, Die Besteuerung öffentl. Untern.; Schmölder, Materialien zur steuerlichen Behandlung öffentl. Untern. Vgl. ferner: DÖW 1959/1, S.21 u. 1959/2, S.78; von Eynern, S.15; Frey, S.77 ff.; Hansen, S.81 ff.; Hellwig, S.26; Hirche, S.64; Niebuhr, S.54 ff.; Ritschl, Besteuerung; Schnettler, S.161 ff.

zeigt sich aber auch, daß dem öffentlichen Wirtschaftsunternehmer in gewissem Rahmen bei Vermögens- und Körperschaftssteuer, Umsatz- und Gewerbesteuer, Kapitalverkehrs- und Grundsteuer noch immer Vergünstigungen eingeräumt sind. Ob solche Vergünstigungen wirtschaftlich und steuerpolitisch gerechtfertigt sind oder nicht, ist überaus schwierig und jedenfalls nicht allgemeingültig zu beantworten[283]. Bei einer rechtlichen Beurteilung aber, deren Aufgabe es ist, einem Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung bei Unternehmungen der öffentlichen Hand mit den gegebenen Mitteln zu begegnen[284], muß dies herausgestellt werden: Eine Bevorzugung der öffentlichen Unternehmungen durch mißbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellung ist unvereinbar mit dem Gleichheitsgrundsatz des Artikels 3 GG[285]. Es kann ihr mit der darin zum Ausdruck kommenden allgemeinen Gerechtigkeitsforderung entgegengetreten werden, die für diesen Sondertatbestand etwa zu lauten hätte: Wo der Staat sich als Unternehmer im Wirtschaftsleben betätigt und damit aus der Stellung des Herrschers hinabsteigt in die des Geschäftsmannes, muß er sich als Interessent unter Interessenten behandeln und mit den gleichen Maßstäben messen lassen wie der private Unternehmer[286]. Faire Wettbewerbsregeln müssen auch bei unternehmerischer Betätigung der öffentlichen Hand gelten[287]. Über Artikel 19 Abs.III GG ist auch die Verwaltungspraxis im wirtschaftlichen Bereich an den Gleich-

---

283) Schmölder, Materialien, Vorwort, S.3.

284) Huber, WiVwR. Bd.1, S.526.

285) Vgl. Hamann, RuW, S.58 und Strickrodt, Anm.2o, S.51.

286) Bernstein, S.1o71; Hamann, RuW, S.57.

287) BGH-Urteil vom 3o.1o.1963 (Ib ZR 72/62).

heitsgrundsatz gebunden[288].

c) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art.2o Abs.III GG)

Von H e u s s e r (S.45 u. 48) wird es, mit dem Blick auf die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit, als ein "Zustand der Willkür" bezeichnet, wenn der Staat sich nach Belieben auf diese oder jene Tätigkeit werfen könne, ohne daß ein Recht hierzu durch Gesetz begründet oder fest umschrieben würde. Ihm werde damit die Möglichkeit eröffnet, sich Einnahmen zu verschaffen, die ihm sonst nur auf dem Wege der Steuer oder der Gebühr, auf jeden Fall nur auf gesetzlicher Grundlage erreichbar wären. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob bei dem Fehlen schneidiger gesetzlicher Regelungen und Ermächtigungen hier etwa von einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Rede sein muß. Diese Fragestellung setzt allerdings die Anerkennung der hier vertretenen Auffassung voraus, daß es sich rechtssystematisch um einen Zweig der öffentlichen Verwaltung handelt (vgl. oben S.18 ff., 28, 36, 58 ff.).
Aus zweierlei Gründen kann die gestellte Frage kurz abgetan werden. Erstens haben wir zumindest auf Bundesebene in den genannten Vorschriften der RHO und der RWB (vgl. o. S.79) immerhin Rechtsgrundlagen vorliegen, welche jeden etwaigen Gedanken an illegale, gesetz- und ermächtigungslose Tätigkeit zerstreuen. Zweitens sind selbst bei einem Fehlen jeglicher gesetzlicher Grundlagen, wie es auf der Länderebene der Fall ist, derlei Prädikate natürlich unangebracht. Die staatliche Exekutive bedarf nur dort einer ge-

---

288) Hamann, aaO; von Mangoldt-Klein, Art.3, Anm.II, 9, S.797; Strickrodt, Anm.2o, S.51.

setzlichen Ermächtigung, wo sie dem Bürger in hoheitlicher Eigenschaft - als "vollziehende Gewalt", Art. 2o GG - gegenübertritt. Wo das nicht der Fall ist (öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit ist ihrer Natur nach weitestgehend Fiskalverwaltung, vgl. o.S.59), kann sie sich, soweit ihr nicht ausdrücklich Schranken gezogen sind, in beliebiger Weise ohne gesetzliche Ermächtigung betätigen.
Die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen mögen überholungsbedürftig, falsch placiert, dürftig und unzweckmäßig sein (s.o. S.84), die Schaffung gesetzlicher Grenzbestimmungen mag wünschenswert (s.u. S.122) sein: von einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann dennoch auch bei dem gegenwärtigen Zustand keinesfalls gesprochen werden.

Ebensowenig ist ersichtlich, um dies noch anzufügen, inwiefern mit dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art.9 GG) einer Ausweitung der eigenen staatlichen Unternehmenswirtschaft entgegengetreten werden soll[289].

d) Der Grundsatz der (wirtschaftlichen) Betätigungsfreiheit (Art.2 Abs.I GG)

Die Befürworter öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit stützen sich in verfassungsrechtlicher Hinsicht auf Artikel 2 Abs.I GG. Wo grundsätzlich jedermann die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gewährt werde (und unter einigen Einschränkungen auch die Gewerbefreiheit: § 1 GewO), müsse sich auch der Staat dieser Freiheit erfreuen dürfen. Warum sollten die Grundsätze der freien Persönlichkeitsentfaltung und der Gewerbefreiheit nicht auch für die wirtschaftliche Betätigung der öf-

289) So Strickrodt, Anm. 2o, S.51.

fentlichen Hand gelten?[290] Es unterliege keinem Zweifel, daß auch Staat und Gemeinden Gewerbe betreiben und im juristischen Sinne als Kaufleute auftreten können[291].

Auf der anderen Seite beruft man sich bei den Gegnern ebenfalls auf das Recht der freien wirtschaftlichen Betätigung und der Gewerbefreiheit und behauptet, es stehe nur der Privatwirtschaft zu und sei der öffentlichen Hand verschlossen; in der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand liege eine Verletzung dieser Rechte[292]; einer Ausweitung könne mit dem "Freiheitsgrundrecht" begegnet werden[293].

Hinsichtlich des erstgenannten Standpunkts erscheint es zumindest als nicht unbedenklich, ob Artikel 2 Abs.I GG überhaupt juristische Personen mit umfaßt, auch wenn diese Ansicht vielfach in der Rechtsprechung und Literatur vertreten wird[294]. Wenn das Grundgesetz in Artikel 2 die freie Entfaltung der Persönlichkeit garantiert, so sind doch wohl Zweifel berechtigt, ob damit nicht nur die natürliche Einzelperson gemeint sein kann und ob nicht doch denen zuzustimmen ist[295], die die Geltung des Artikels 2 Abs.I GG für juristische Personen ablehnen, weil diese keine "Persönlichkeit" zu entfalten vermögen. Es ist auch schwer vorstellbar, wie es sich bei dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit um ein Grundrecht handeln soll, das "seinem Wesen nach" (Art.19 Abs.III GG) auch für juristische Personen gelten könnte.

290) DÖW 1959/2, S.77.

291) Fleiner, S.323; Kaiser, S.7 f. und S.12.

292) vgl. W.Jacobi, S.8.

293) Strickrodt, Anm.2o, S.51.

294) BVerfGE 1o/99; Hamann, RuW S.62; weitere siehe bei von Mangoldt-Klein, Art.2 Anm.III 9., S.175.

295) von Mangoldt-Klein aaO mit weiteren Literaturhinweisen, die mit dieser Ansicht übereinstimmen.

Ein weiteres Bedenken wird aus der Natur der Grundrechte als gegen den Staat gerichtete Rechte gefolgert. Es müsse dem Grundrechtscharakter (wie auch dem Individualrecht der Gewerbefreiheit) widersprechen, wenn der Staat sich dasselbe zunutze mache, während er gegenteils damit den Privatpersonen die freie Betätigung ihrer (wirtschaftlichen) Kräfte gewährleisten wolle. Ein Grundrecht des Staates gegen sich selbst würde einen Widerspruch in sich bedeuten[296].

Durch Artikel 2 GG kann die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit also keine sehr überzeugende verfassungsrechtliche Rechtfertigung erhalten.

Andererseits ist auch die auf Verletzung ihres Grundrechts der freien Persönlichkeitsentfaltung gerichtete Argumentation der Gegner unangebracht. Grundrechte sind zwar Rechte der Privatperson auf Nichteinmischung der Staatsgewalt in gewisse individuelle Angelegenheiten, Rechte darauf, daß der Staat ihr gegenüber seine Hoheitsmacht in gewissen Richtungen nicht ausübe und Rechte, die in ihrer Gesamtheit dazu bestimmt sind, dem Einzelnen einen gewissen staatsgewaltfreien Raum zu schaffen. Sie richten sich aber eben nur gegen den Staat als Träger obrigkeitlicher Gewalt. Sie können nur verletzt werden bei Betätigung der staatlichen Hoheitsmacht, nicht aber bei einem Verhalten des Staates, bei dem dieser sich mit dem Bürger als Gleichgestelltem auf dem Boden des Privatrechts trifft und zu dem auch jede Privatperson befugt wäre. Eine Grundrechtsverletzung könnte nur angenommen werden, wenn die privaten Unternehmer in

---

296) Grussendorf, S.14; Hamann, WiVR, S.73. Im gleichen Sinne: Heusser, S.49; Nipperdey, Gewerbefreiheit, S.593 f.; Schüle, S.89.

der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit oder in ihrem sich aus Zivil- und Verwaltungsgesetzen ergebenden Rechten beeinträchtigt wären. Durch die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit in ihrem bisherigen Umfang wird jedoch niemand in seiner Eigenständigkeit berührt[297]. Den privaten Unternehmern bleibt es unbenommen, sich wirtschaftlich zu betätigen und sich frei am Wirtschaftsleben zu beteiligen, jedenfalls soweit und solange sich der Staat an gewisse Betätigungsvoraussetzungen hält, die noch aufzuzeigen sind (s.u.S. 131).

Die Heranziehung des Artikels 2 GG führt also auf beiden Seiten zu einer Überforderung und Überschätzung dieser Grundrechtsbestimmung, wovor oft gewarnt worden ist[298]. Der Hinweis B a l l e r s t e d t s [299] auf die "Rechtsschwäche sozial-ethischer Grundrechtsnormen auf wirtschaftlichem Gebiet" ist hier besonders angebracht.

3. Die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit und verfassungsrechtliche Leitprinzipien

Die soeben geäußerte Skepsis hinsichtlich der Bedeutung von Grundrechtsbestimmungen in dem gegebenen Zusammenhang wird natürlich noch erhöht bei Heranziehung von Prinzipien, die nicht ausdrücklich in der Verfassung niedergelegt sind und die sich nur aus ihrer Grundeinstellung und dem Geist, von dem sie beherrscht wird, herleiten lassen. Gemeint sind das sogenannte überpositive, ungeschriebene Verfassungsrecht, die verfassungsrechtlichen Leitprin-

---

297) Vgl. BVerfGE 4/16.

298) von Mangoldt-Klein, Art.2 II., S.161; VVDStRL Bd.11, S.55 (Scheuner), S.124.

299) Ballerstedt, ArchöR Bd. 74, S.154.

zipien und Grundentscheidungen[300]. Für die Umgrenzung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit können allenfalls die Grundentscheidungen für die individuell-freiheitliche Staatsidee und, in naher Verbindung damit, diejenige für die Subsidiarität der Staatstätigkeit genannt werden.

a) Die individuell-freiheitliche Staatsidee

kommt, ganz allgemein, im demokratischen Staatsaufbau (Art.2o Ab.I u.II GG) und in der Vorrangstellung zum Ausdruck, den die Verfassung den freiheitsverbürgenden Grundrechten des Einzelnen (insbesondere Art.1, 2, 4, 5, 8 - 12, 1o4 GG) einräumt. Zur Unvereinbarkeit insbesondere der privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmung hiermit sei eine Stellungnahme H e u s s e r s herausgestellt, der speziell "die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem" untersucht hat[301]. Im privatrechtlich organisierten Wirtschaftskörper, so wird dort u.a. ausgeführt, wolle der Staat als privater Unternehmer erscheinen, als ein jedem Individuum gleichgestelltes Privatrechtssubjekt, um sich die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit zunutze zu machen. Der Staat übe also ein Freiheitsrecht aus, das dem Individuum vorbehalten sein solle, damit es vor den Eingriffen des Staates geschützt werde. Es sei offensichtlich, daß der Staat auf diese Weise unter dem Deckmantel des Privatrechts die Freiheit des Einzelnen untergrabe. Der verfassungsmäßig gewährleistete Wirtschaftsraum des

300) Vgl. dazu Strickrodt, S.14, Anm. 8 und S.48, Anm.18, jeweils mit weiterer Lit.; VVDStRL Heft 1o, S.1 ff.: von Hippel, Ungeschriebenes Verfassungsrecht.

301) Heusser, insbes. S.14 und S.48 f.

Individuums werde durch die Konkurrenz der öffentlichen Unternehmungen eingeengt. Die Einengung könne bis zur völligen Erdrückung der privaten Wirtschaftsträger führen, weil der öffentliche Unternehmer die Machtmittel in der Hand habe, um die private Konkurrenz aus dem Felde zu schlagen. Der Staat maße sich also ein Freiheitsrecht an, um unter dessen Schutz denjenigen, denen es verfassungsrechtlich zugedacht ist, die Freiheit zu entreißen.

> "Wo die Wirtschaft nicht mehr durch die Initiative des Einzelnen belebt wird, sondern durch die Macht des Staates in Gang gehalten werden soll, befinden wir uns nicht mehr auf dem Boden einer freiheitlichen Staatsidee."

Diese Stellungnahme zeigt die Gefahr auf, daß die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit dazu beitragen könnte, die Übermacht des Staates zu fördern und dem von der Verfassung vorgeschriebenen Streben nach Verstärkung der Stellung des einzelnen Bürgers, des Individuums, zu vereiteln. Es kommt, wie überall im demokratischen Gemeinwesen, darauf an, Machtzusammenballungen zu verhindern, die den Bestand der individuell-freiheitlichen Gesamtordnung gefährden könnten. Für den privatwirtschaftlichen Bereich sei hier etwa an die Kartellgesetzgebung erinnert; im öffentlich-wirtschaftlichen Bereich außerhalb der Gemeinden ist man bisher ohne eine gesetzliche Spezialregelung ausgekommen. Ob das weiterhin tragbar ist, wird auch unter diesem Gesichtspunkt des Schutzes der Individualsphäre von dem Volumen der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit abhängen. Kein objektiver Beobachter wird allerdings sagen können, daß in der Bundesrepublik bisher ein die individuell-freiheitliche Staatsauffassung gefährdender Umfang erreicht wäre.

b) Das Subsidiaritätsprinzip

Das Prinzip der Subsidiarität der Staatstätigkeit besagt, daß der Staat nur dort agieren darf, wo die Mittel und Möglichkeiten seiner Bürger nicht ausreichen, "daß in erster Linie die kleinere Gemeinschaft wirken soll und mit staatlichen Mitteln erst einzugreifen ist, wenn es unausweichlich wird"[302] oder, noch anders ausgedrückt, daß der Staatseingriff nur statthaft ist, wenn feststeht, daß freie Initiative und freier Wettbewerb nicht ausreichen, um dem Gemeinwohl zu genügen[303]. Der Subsidiaritätsgedanke liegt auch dem Staatsaufbau und der Staatsform der Bundesrepublik wenigstens mittelbar zugrunde[304]. Das läßt sich herleiten aus dem Vorrang, den das Grundgesetz erkennbar der Tätigkeit und der Entfaltung der Einzelpersönlichkeit einräumt[305].

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß dieses Prinzip auch bei dem hier interessierenden Themenbereich Beachtung und Anwendung verlangt[306]. Auch bei Bestimmung der Grenzen staatlicher Eigenbetätigung in der Wirtschaft muß stets nach dem Subsidiaritätsprinzip entschieden werden.

---

302) BVerfGE 10/59 (83) = JZ 59, 528 (532).

303) In diesem Sinne: Huber, WiVR, S.205; Nipperdey, Marktwirtschaft, S.22.

304) Maunz, S.62 f.

305) Dürig, JZ 1953/198 und Maunz aaO entnehmen die positivrechtliche Bestätigung einer Gesamtinterpretation der GG-Artikel 1, 2, 6, 9, 20, 28 u. 79; von Münch stimmt dem Vorhandensein und der Geltung des Subs.-prinz. zu, meint aber, dessen rechtl. Grundlage anders ableiten zu müssen, JZ 1960/305, mit Lit.-hinweisen.

306) Köttgen, Gemeindewirtschaft, S.582.

Nach D ü r i g macht dieses Prinzip nicht nur den Staatseingriff, sondern auch die erwerbswirtschaftliche Eigenbetätigung des Staates zur ultima ratio der Wirtschaftsbeeinflussung und ist es zur Begrenzung der privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand sehr praktikabel. Kein Gericht könne es sich mehr leisten, das Subsidiaritätsprinzip unerwähnt zu lassen, sobald es irgendwie um die wirtschaftliche Eigenbetätigung der öffentlichen Hand geht[307]. Es sollte nur das gerade notwendige, nicht aber das weitestgehende Interventionsmittel eingesetzt werden, als welches die Übernahme und das Betreiben einer Unternehmung durch die öffentliche Hand selbst anzusehen ist[308]. Zumindest hat sich der Staat als Folge dieses verpflichtenden Prinzips auf die Fälle zu beschränken, die außerhalb der Betätigungssphäre der privaten Wirtschaft liegen[309], nämlich auf die Tätigkeiten, die der Gesetzgeber dem Gemeinwesen ausdrücklich vorbehält bzw. die aus der Natur der Sache dem Staat zufallen wie etwa die Monopole des Bundes (Banknotenmonopol, Münz-, Eisenbahn- und Postregal). Jede staatliche Tätigkeit, die darüber hinausgeht, kann als dem Sinn und dem Wortlaut der Verfassung widersprechend angesehen werden[310]. Subsidiarität und Proportionalität setzen jeder wirtschaftlichen Maßnahme des Staates Schranken, insbesondere der wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand[311].

---

307) Dürig in: Maunz-Dürig, Art.2 I Rdnr. 52 bei dd) u.Art.1 III, S.31, Anm.1); ders. aaO, Art.1 Rdnr.54.

308) Hellwig, DÖW Nr.5, S.27.

309) Duhmer, Öffentl. Vermögen II, S.28.

310) Dtsch.Industrie-Institut, DÖW 1959, H.2

311) Rinck, S.27 Rdnr.95 unter Hinweis auf BGH-Urteil vom 10.1.1963 in: BB 1963, S.246; Stern, DÖV 1961, S.325 und 330.

Es sei daran erinnert, daß der Subsidiaritätsgesichtspunkt im Gemeindewirtschaftsrecht schon seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, wo kommunale Unternehmungen nur unter den oben (s.o. S.78) genannten Voraussetzungen errichtet werden dürfen. D ü r i g zufolge[312] läßt sich die von § 67 DGO und dessen Nachfolgenormen gezogene Grenzlinie über das Kommunalrecht hinaus erweitern und kommt eine analoge Übertragung dieser Bestimmungen auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts in Betracht.

IV. Die Länderverfassungen und die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit

Im Gegensatz zum Grundgesetz widmen die meisten Länderverfassungen der Ordnung des Arbeits-, Wirtschafts- und Soziallebens eigene Abschnitte[313]. In ihnen kommt das "labile Mischungsverhältnis von liberalen und autoritären Rechtsformen"[314] zum Ausdruck, wodurch die Ansicht vom Bestehen einer gemischten Wirtschaftsverfassung (s.o. S. 98) in der Bundesrepublik bestärkt wird. Ferner zeigen sie das Bestreben nach Anerkennung zumindest einer begrenzten Sozialisierungsmacht des Staates. Die selbständigen Sozialisierungsartikel der Länderverfassungen - zumeist ist von "Überführung in Gemeineigentum" die Rede[315] - haben mit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit jedenfalls nicht mehr zu tun und nicht mehr Bedeutung für sie als

---

312) Dürig JZ 1953/198 u. in: Maunz-Dürig, Art.19 III Rdnr.48.

313) Bayern: Art.151 ff.; Bremen: Art.37 ff.; Hessen: Art.27 ff.; NRW: Art.24 ff.; Rheinl.-Pfalz: Art.57 ff.; Saarland: Art.43 ff. Füßlein, Verfassungstexte; Hamann, WiVR, S.23.

314) Isele, S.171 und S.173.

315) Bayern: Art.16o II; Bremen: Art.42-44; Hessen: Art.39 - 41; NRW: Art.27; Rheinl.-Pfalz: Art.61; Saarland: Art.52.

Artikel 15 GG, vgl. dazu oben S.102ff. (106). Daß ihnen neben Artikel 15 trotz ihrer teilweise erheblich abweichenden Bestimmungen keine selbständige Bedeutung zukommt, ergibt sich aus dem Vorrang des Bundesrechts vor dem Landesrecht (Art.31 GG), auch dem Landesverfassungsrecht[316]. Hierdurch werden die Sozialisierungsartikel der Länder insoweit außer Kraft gesetzt, als sie

1. eine Sozialisierung über den Rahmen des Art.15 GG hinaus vorsehen oder hinter dem Art.15 zurückbleiben,
2. den Kreis der der Sozialisierung unterworfenen Objekte anders als Art.15 GG bestimmen,
3. eine entschädigungslose Sozialisierung vorsehen,
4. dem Landesgesetzgeber keine bloße Sozialisierungskompetenz sondern eine Sozialisierungspflicht auferlegen; eine bundesverfassungsmäßige Sozialisierungsermächtigung kann nicht durch eine Landesverfassung in eine Sozialisierungspflicht verwandelt werden.

Eines weiteren Eingehens auf die Wirtschaftsartikel der Länderverfassungen bedarf es nicht, weil sich jedenfalls daraus keine neuen Gesichtspunkte für eine Umgrenzung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit herleiten lassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Leitprinzipien der Subsidiarität der Staatstätigkeit und der Vorrangstellung individuell-freiheitlicher Grundanschauungen ergibt sich aus den Länderverfassungen nichts anderes als aus dem Grundgesetz.

---

316) Hamm, S.38 ff. (4o); Hamann, WiVR, S.165; Huber, WiVR Bd.2, S.145 ff. (146); Ipsen, S.1o8.

2. Abschnitt

Die Schaffung rechtlicher Grenzen

Die vorangegangenen Darlegungen haben gezeigt, daß es einige Bestimmungen und verfassungsrechtliche Grundsätze gibt, die als Begrenzungspunkte für die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit angesehen werden können. Sie ergeben sich, wie im vorigen Abschnitt dargelegt, für die Gemeinden aus den Gemeindeordnungen der Länder und für den Bund aus einigen haushalts- und wettbewerbsrechtlichen Spezialbestimmungen[317]. Ferner zeigen das Grundgesetz und die Länderverfassungen einige Prinzipien und Leitsätze auf[318], die der Staat als Wirtschaftsunternehmer beachten muß und gegen die er nicht verstoßen darf, wenn er sich nicht dem Vorwurf unrechtmäßigen Handelns aussetzen will. Der Gleichheitsgrundsatz, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der freien wirtschaftlichen Betätigung für alle sowie vor allem das Subsidiaritätsprinzip dürfen nicht verletzt werden und die individuell-freiheitliche Staatsauffassung muß gewahrt bleiben. Angesichts des Fehlens einer festen Grenzlinie - gewissermassen einer Verbindungslinie zwischen den vorhandenen Grenzpunkten - wird gelegentlich die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung laut. So ist D u h m e r [319] der Ansicht, die Gesetzgebung habe auf diesem Gebiet bisher zum großen Teil versagt; die Initiative der bisherigen Volksvertretungen habe offenbar bisher nicht ausgereicht und die Regierungen haben sich in dieser Beziehung eine bemerkenswerte Zurückhaltung auferlegt. Er führt u.a. aus:

> "Da festzustellen ist, daß die wissenschaftlichen Theorien kaum genügen dürften, um eine ausreichende Grenzlinie zwischen der privaten Erwerbswirtschaft und der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zu ziehen, bedarf es einer weiteren Klarstellung durch

---

317) Vgl. oben S.78, 79 und 82.

318) Vgl. oben S.106, 111, 112, 117 und 120.

319) Duhmer, Öffentliches Vermögen II, S.39 f.

die Rechtsordnung. ... Es bleibt nur der Weg, durch möglichst klare eindeutige Rechtsgrundsätze die Materie zu regeln."

H e t t l a g e [320] hält diese "Kritik an dem Fehlen oder der allzu großen Allgemeinheit der wenigen gesetzlichen Richtlinien" für begründet:

"Am Beginn einer Neuordnung und Bereinigung des öffentlichen Vermögens steht unausweichlich die Aufgabe, durch Gesetz die besonderen Voraussetzungen festzulegen, unter denen allein eine unternehmerische Staatstätigkeit gestattet sein soll. ... Es bedarf einer bundeseinheitlichen Rechtsordnung für den Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung des öffentlichen Vermögens."

S c h ü l e [321] hält es für eine Aufgabe der Zukunft, entweder im Wege der gerichtlichen Praxis oder durch gesetzgeberische Einzelmaßnahmen in Bezug auf die Grenzen der staatlichen Intervention die erforderliche Klarheit zu schaffen.

S t r i c k r o d t [322] fordert eine aktive Verbotsgesetzgebung für die eigenen, wenn auch mehr erwerbswirtschaftlich getarnten Machteinwirkungen der öffentlichen Hand wie sie sich für private Machtbildungen bereits durchgesetzt haben. Würde dies nicht geschehen, so fielen auch die Grundlagen für die Kartellgesetzgebung fort. Die "notwendige gesetzliche Neuordnung" werde weit über die dringend benötigten organisatorischen Regelungen hinaus echtes materielles Recht zu schaffen haben, das für den aufmerksamen Blick auch heute in seinen Grundzügen schon erkennbar sei. Auch sind von verschiedenen Seiten schon entsprechende Gesetzentwürfe vorgelegt worden[323].

---

320) Hettlage, FinArch Bd.16, S.543 f.

321) Schüle, VVDStRL Heft 11, S.147.

322) Strickrodt, S.17 und 32.

323) Entwurf der FDP von 1956, Bundestags-Drucksache 2.LP Nr.2712; Entwurf des Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT) 1958, abgedruckt bei Frentzel, S.41 ff. Als Beispiele werden unten S.135 ff. die Gesetzentwürfe der FDP und des DIHT wiedergegeben. Weiteres Beispiel für den Ruf nach dem Gesetzgeber bei Köttgen, Gemeindewirtschaft, S.580.

Es soll daher in diesem Abschnitt noch auf die Problematik einer solchen gesetzlichen Regelung hingewiesen werden; ferner sollen abschließend die Voraussetzungen aufgezeigt werden, die bei einer rechtlichen Umgrenzung - mag sie durch ein Gesetz oder durch außergesetzliche allgemeine Anerkennung erfolgen - beachtet werden müssen.

A. Die Problematik einer gesetzlichen Regelung

I. Die wirtschaftspolitische Kontroverse

Ein Hindernis, das die Schaffung rechtlicher Grenzen erschwert und zugleich die bisherige Unzulänglichkeit solcher Grenzen erklärlich erscheinen läßt, liegt in der wirtschaftspolitischen und -theoretischen Unentschiedenheit über die Zweckmäßigkeit und Bedeutung der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit, insbesondere natürlich in ihrer erwerbswirtschaftlichen Komponente. Unversöhnlich und etwa mit gleich starker Überzeugungskraft stehen sich die Ansichten und Kräfte, die sie befürworten oder zumindest dulden, denen gegenüber, die sie ablehnen oder ihre Zurückdrängung erstreben. Angesichts dieses Für und Wider ist von einem "Aufmarsch der Interessenten" gesprochen worden, die ihre Fronten gruppieren und dabei ihre Ausgangspositionen so weit wie möglich ziehen[324]. Hier zeigen sich deutlich die eigentlichen Schwierigkeiten für eine rein juristische Behandlung des Fragenbereichs, auf die schon einleitend hingewiesen wurde (s.o. S.2). Ohne deshalb näher darauf eingehen oder gar selbst Stellung beziehen zu wollen, soll der "Frontverlauf", also der Stand der Kontroverse, wenigstens in Umrissen aufgezeigt werden.

Auf seiten der Gegner der Staatswirtschaft werden in vielerlei Beziehungen Vergleiche mit der Privatwirtschaft angestellt und wird behauptet, die öffentlichen Unternehmungen könnten bei einem solchen Vergleich nicht bestehen. Das drücke sich unter anderem in einem nachweisbaren Rückgang der Einnahmen und in geringerer Wirtschaftlichkeit

---

324) DÖW 1955, Nr.6, S.1; Hirche, S.1o ff., S.21.

aus. Die Durchsetzung der Unternehmungsleitung mit Staatsbeamten gebe Veranlassung zu Beunruhigung, Argwohn und Mißtrauen und müsse zur Schwerfälligkeit führen. Der durch das innere Wesen der öffentlichen Unternehmung bedingte relative Mangel an eigenem Interesse müsse die Leitung ungünstig beeinflussen. Die in der Natur zumindest der öffentlichen Erwerbsunternehmung liegende Verbindung von Erwerbsabsichten mit gesamtwirtschaftlicher Zielsetzung müsse zu einem fortgesetzten Spannungsverhältnis zwischen den beiden widerstrebenden Prinzipien der Zweckerfüllung führen und sich hemmend auswirken[325].

M u t h e s i u s (S.730) spricht von der sogenannten öffentlichen Wirtschaft als einem "Bereich, in dem eine fortgesetzte finanzielle Vergewaltigung privater Unternehmen zwecks Defizitdeckung des Unternehmers 'Öffentliche Hand' stattfindet" und bezeichnet sie als "ein mixtum compositum aus Zwangswirtschaft und defizitärer Geschäftspolitik". Auch wird immer wieder auf die wesensmäßige Unvereinbarkeit des Staates mit der Unternehmereigenschaft hingewiesen:

> "Die Stärke des Staates gegenüber der Wirtschaft beruht darauf, daß er allein der neutrale und durch die Neutralität überlegene Dritte sein kann. Tritt er im wirtschaftlichen Kampf einer der streitenden Gruppen bei, so verliert er damit seine Autorität und seine Rechtfertigung"[326].
>
> "Der Staat ist nicht dazu da, der Privatwirtschaft Konkurrenz zu machen, sondern sie zu fördern; er soll über der Wirtschaft stehen, nicht in der Wirtschaft"[327].

Als Folge dieser Auffassungen wird die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit als ein "Fremdkörper" be-

---

325) Zu diesen Behauptungen vgl. z.B.: Duhmer, DÖW S.43 und Öffentl. Vermögen II, S.94 ff.; Hellwig, DÖW S.14 und 25; Heusser, S.16; Hirche, S.59 ff.; Saitzew, Öffentl. Unternehmung, S.49 und 68; Sogemeier, passim, insbes. S.18 ff.; Vetter, S.27 ff. mit einer Zusammenfassung der Argumente.

326) Huber, Wirtschaftsstaat, S.29; ähnlich: Niebuhr, S.80.

327) Niebuhr, S.64 und 91.

zeichnet, der möglichst bald durch einen "chirurgischen Eingriff" beseitigt werden müsse[328].

Auf der anderen Seite setzt man sich immer wieder kritisch mit den genannten Vorwürfen auseinander und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die öffentlichen Unternehmungen in den letzten Jahrzehnten ein wesentlicher Faktor der Volkswohlstandspolitik geworden seien. Die Erfahrung habe gelehrt, daß kein Unterschied in der Wendigkeit, der Entschlußfähigkeit, der Verantwortungsfreudigkeit und daher der Wirtschaftlichkeit mehr bestehe; technisch und wirtschaftlich stünden heute private, gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmungen auf völlig gleichem Niveau[329].
Die öffentlichen Unternehmungen seien, so behauptet B a y e r (S.11 f.), gerade gegen die Vermachtung der Wirtschaft gerichtet und versuchten eine Stabilisierung der Wirtschaftsentwicklung. Ihre Funktion sei die Sicherung des volkswirtschaftlichen Gesamtinteresses gegen Ausnutzung wirtschaftlicher Vormachtstellungen im Einzelinteresse; aus dieser Funktion ergebe sich, daß die "Gemeinwirtschaft" keineswegs im Gegensatz zur Wirtschaftsfreiheit stehe, sondern daß sie im Gegenteil diese Freiheit sicherstelle.

Es gibt starke Kräfte, die auf eine Beibehaltung und womöglich eine Ausdehnung staatlicher und kommunaler Eigenbetätigung in der Wirtschaft drängen. So existiert zum Beispiel seit 1951 in Berlin eine "Gesellschaft zur Förderung der öffentlichen Wirtschaft", der namhafte Wissenschaftler und Vertreter des öffentlichen Lebens angehören; es werden Kongresse auf nationaler wie auf internationaler Ebene abgehalten mit dem Ziel, diese Kräfte zu sammeln[330].

328) Kruk, S.5.

329) Vgl. z.B. Guggenheim, S.3; Krieger, S.242; Staudinger, S.101 ff., 120.

330) Z.B. der "Tag der öffentlichen Wirtschaft" 1952 in Berlin; die internationalen "Kongresse für Gemeinwirtschaft" (veranstaltet von der IFIG = Internationale Forschungs- u.Informationsstelle für Gemeinwirtschaft) 1953 in Genf, 1955 in Lüttich, 1957 in Paris, 1959 in Belgrad (dazu Gesamtbericht in: AdG 29.Jhg. Nr.2-3); die öffentliche Kundgebung des "Verbandes Kommunaler Unternehmen" 1954 in Mannheim.

Die Kontroverse setzt sich bekanntlich fort bis in die unmittelbare Tagespolitik. Das zeigt sich am augenfälligsten an den zahlreichen Debatten, Anfragen und Beantwortungen, die im Bundestag in den ersten drei Legislaturperioden stattgefunden haben. Erinnert sei insbesondere an Stellungnahmen und Beratungen betreffend den erwähnten Gesetzentwurf der FDP über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, eine große Anfrage der SPD betreffend die Bundesunternehmen und eine große Anfrage der FDP betreffend die Privatisierung des Bundesvermögens[331]. Auch dabei spielte es immer wieder eine große Rolle, ob der ganze Fragenbereich durch ein "Grundgesetz der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand" (MdB. Dr. Atzenroth) geregelt werden sollte.

II. Die Gesetzgebungskompetenz

Davon abgesehen, ob eine solche gesetzliche Regelung zweckmäßig und wünschenswert wäre, kann hier nur die Frage nach der Zuständigkeit zum Erlaß eines Gesetzes - sei es nun spezieller oder genereller Natur - interessieren. K ö t t g e n [332] meint, einer bundesrechtlichen Regelung über das Volumen und die Modalitäten öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit stände der Einwand fehlender Zuständigkeit entgegen. Der Gesetzgebungskatalog biete keinerlei Rechtfertigung für bundesrechtliche Rechtsgrundsätze zur Ordnung der Gesamtheit "öffentliche Wirtschaft" in Sonderheit der Frage ihres Volumens. Eine solche Regelung gehöre zum Thema "Erfüllung der staatlichen Aufgaben" und damit gemäß Artikel 30 GG zur Länderkompetenz. Eine bundesgesetzliche Regelung würde auch nach H ä u s s l e r mit dem Grundgesetz in Konflikt kommen, da Eingriffe in die Vermö-

---

331) 2. LP, 182./183. Sitzg. 1957 Berichte S.10117 - 10146
3. " 30. " 1958 " S. 1627 - 1674
3. " 63. " 1959 " S. 3383 - 3407
Eine gute Übersicht über zahlreiche kleinere Einzeldebatten vermittelt Hirche an vielen Stellen seiner Schrift.

332) Köttgen, Gemeindewirtschaft, S.580.

gensverhältnisse der Länder in erster Linie der Ländergesetzgebung zu überlassen wären[333].

Es muß demgegenüber zu bedenken gegeben werden, daß die Länderkompetenz nach Artikel 30 GG nur begründet ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt und Artikel 74 Ziffer 11 GG "das Recht der Wirtschaft" der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes zuweist. Weshalb ein Bundesgesetz über die öffentlich-wirtschaftliche Unternehmertätigkeit sich nicht mehr in den Grenzen dieser Materie halten sollte, wie K ö t t g e n (aaO) ausführt, ist nicht recht einzusehen. Zum "Recht der Wirtschaft" im Sinne des Artikels 74 Ziffer 11 GG gehören alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen; die Vorschrift begründet die Zuständigkeit des Bundes, ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben einzugreifen, so wie es z.B. durch das Investitionshilfegesetz geschehen ist[334]. Deshalb erscheint es nicht verwunderlich, wenn im Bundestag die Behauptung der formellen Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers[335] unwidersprochen blieb.

---

333) Häussler, S.10; Im Ergebnis übereinstimmend: Nipperdey, Gewerbefreiheit, S.593.

334) Giese, § 74 II, 11.; BVerfGE 4/7 u. 8/143.

335) Abg. Illerhaus, 2. Dt. Bundest., 182. Sitzung, Berichte S.10128 f. Auch Duhmer, Öffentl. Vermögen II, S.119 meint, daß Art. 74 Ziff. 11 und darüber hinaus auch noch Ziff. 16 dem Bund das Recht geben, für die öffentlichen Wirtschaftsunternehmen eine gesetzliche Regelung zu schaffen.

B. Die bei Schaffung rechtlicher Grenzen zu berücksichtigenden Tatsachen und Voraussetzungen

I. Die Daseinsberechtigung öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit

Auch die erbittertsten Gegner öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit in der wirtschaftspolitischen Debatte können an der Tatsache nicht vorbei, daß es große Bereiche gibt, die vom privaten Unternehmertum nicht in befriedigender Weise bewirtschaftet werden können. Die Unterhaltung vieler gewerblicher Betriebe durch die Gemeinwesen ist daher im Interesse der Allgemeinheit zu begrüßen[336].

Zu denken ist hier beispielsweise an die Bereiche der Elektrizitätswirtschaft[337], an volkswirtschaftlich notwendige Zuschußunternehmungen, an den sozialen Wohnungsbau, an Bundesbahn und Bundespost und an die Atomwirtschaft[338].

Dieser Bereiche wegen wird in vielen Untersuchungen die billigenswerte Einsicht herausgestellt, daß nicht eine Kampfstellung sondern ein gemeinsames Bemühen um sinnvolle Arbeitsteilung das Ziel sein muß[339]. Es wird anerkannt, daß öffentliche und private Unternehmertätigkeit sich auf vielen Gebieten gegenseitig voraussetzen und ergänzen und daß alle Dogmen über die Unzuständigkeit von Staat und Gemeinden in wirtschaftlichen Dingen durch die Tatsächlichkeit des Geschehens verworfen werden[340].

---

336) Frey, S.54.

337) Haussmann, ÖH, S.58 u.65; Niebuhr, S.64 ff.

338) DÖW 1957 Heft 1, S.6 ff., 10 f., 13 f. u. 17 ff.; Kaußmann, Die Funktionen der öffentlichen Hand in der Atomwirtschaft.

339) Staudinger, S.106.

340) Berndorff, S.3; Garben, S.2; Gerber, S.37; Keller, Eigenwirtschaft, S.181 ff.; Nemschak, S.192; Ritschl, DÖW, S.46 f.; Sogemeier, S.9 u. 70; Strickrodt, S.35; Tautscher, ZGStW Bd. 106, S.406; Vetter, S.33.

Auch die Bundesregierung, die im übrigen bekanntlich einer weitgehenden Privatisierung[341] zuneigt, trägt den Notwendigkeiten und Tatsachen Rechnung, wie folgende Stellungnahme des Bundesministers für den wirtschaftlichen Besitz des Bundes vor dem Bundestag[342] zeigt:

> "Die Bundesregierung ist der Meinung, daß in der sozialen Marktwirtschaft eine wirtschaftliche Betätigung des Staates um ihrer selbst willen nicht gerechtfertigt ist. Sie vertritt daher die Auffassung, daß der Staat sein erwerbswirtschaftliches Vermögen grundsätzlich veräußern soll, soweit nicht im Einzelfall zur Wahrung wichtiger öffentlicher Belange die Aufrechterhaltung einer Beteiligung des Staates an einem wirtschaftlichen Unternehmen einstweilen oder auf die Dauer geboten ist.... Die Bundesregierung strebt die Zurückführung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Bundes, d.h. die Veräußerung von erwerbswirtschaftlichen Beteiligungen auf ein Ausmaß an, das durch die Notwendigkeit der Wahrung des öffentlichen Interesses begrenzt wird."

Daß sich ferner weder aus gesetzlichen Einzelbestimmungen noch aus wirtschaftsverfassungsrechtlichen Erwägungen oder aus dem Grundgesetz entscheidende Gesichtspunkte für eine prinzipielle Ablehnung oder gar für die Unrechtmäßigkeit der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit ergeben, sollten die vorstehenden Untersuchungen und Ausführungen gezeigt haben. Dies hat nicht nur für die vorwiegend gemeinnützige Unternehmertätigkeit - für sie natürlich in besonderem Maße - sondern auch für die vorwiegend erwerbswirtschaftliche Komponente zu gelten. Es erscheint daher unangebracht, wenn S t e r n unter Berufung auf D ü r i g eine Stellungnahme K ö t t g e n s zur Rechtmäßigkeit auch der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

---

341) Zu Privatisierungsfragen insbesondere Hirche als Gegner, Breidbach und Großendorf als Befürworter.

342) 3. LP, 63. Sitzung v. 2o.2.1959, Berichte S.33-87.

als "bedenklich" bezeichnet[343]. K ö t t g e n hat festgestellt[344]:

> "Das gewerbliche Staatsunternehmen ist nach wie vor eine durchaus legale Erscheinung, gleich interventionistischen können von ihm auch ertragswirtschaftliche Ziele verfolgt werden."

Die einzig richtige Grundeinstellung gegenüber der öffentlich-wirtschaftlichen Unternehmertätigkeit dürfte daher mit dem Motto "Weder Staatsvergötzung noch Staatsverhetzung" auszudrücken sein[345]. Individuelle Einzelwürdigung muß an die Stelle einer grundsätzlichen Verdammung aller Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand gesetzt werden.

In dieser versöhnlichen, auf Ausgleich bedachten, die grundsätzliche Daseinsberechtigung anerkennenden Grundtendenz allein ist auch eine rechtliche Umgrenzung - evtl. in Form einer gesetzlichen Regelung - denkbar. Sie muß, in grundsätzlicher Anlehnung an die Regelung im Gemeindewirtschaftsrecht[346], gewisse Betätigungs- und Beteiligungsvoraussetzungen aufstellen und diesen zu einer möglichst weitgehenden Anerkennung und Durchsetzbarkeit verhelfen.

II. Die Voraussetzungen für die Billigung öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit

Die Beschränkung auf die Aufstellung eines Kataloges von Betätigungsvoraussetzungen mag demjenigen, der eine präzise Bestimmung der Grenzen erwartet, wenig bedeuten.

---

343) Stern, S.328, Anm.29; Maunz-Dürig, Art.? Rdnr. 52: "Der Grundrechtsinterpret muß einmal mit Entschiedenheit betonen, daß grundsätzlich das staatsgerichtete Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit den Staat auch hindert, seinerseits in Wirtschaftskonkurrenz zur Privatwirtschaft zu treten."

344) Köttgen, Gemeindewirtschaft, S.594.

345) Haussmann, ÖH, S.81.

346) Maunz-Dürig, Art.19 Abs.III, Rdnr.48.

Ob für die Praxis damit wirklich nichts gewonnen ist, weil sich die Fragen angeblich nur politisch und nicht juristisch beantworten lassen[347], muß bezweifelt werden; es dürfte damit doch immerhin eine solide Handhabung gewonnen sein, um in Einzelfällen einer ungerechtfertigten und unerwünschten Ausdehnung der Betätigung des Staates als Unternehmer mit juristisch faßbaren Argumenten entgegentreten zu können und um einer eventuellen künftigen Spezialgesetzgebung auf diesem Gebiet den Weg zu ebnen.

Als Voraussetzungen für eine grundsätzliche Billigung (Billigungs- oder Betätigungsvoraussetzungen) haben zu gelten:

1. Die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips.

Sie ist eine sich aus dem geltenden Verfassungsrecht und der herrschenden Wirtschaftsordnung herzuleitende Grundvoraussetzung. Die öffentliche Hand soll von ihrem Recht zu eigener Unternehmertätigkeit grundsätzlich nur dort Gebrauch machen dürfen, wo die Kräfte und Möglichkeiten der Privatwirtschaft nicht ausreichen.

2. Die Wahrung der öffentlichen Interessen, des öffentlichen Zwecks, der überwiegenden Allgemeininteressen.

Die Existenzberechtigung öffentlich-wirtschaftlicher Unternehmertätigkeit liegt in der Ausrichtung auf die Allgemeinheit. Wo kein öffentliches Interesse nachgewiesen werden kann, sollte es selbstverständlich sein, daß dem Staat jede Legitimation zur Übernahme eines Erwerbszweiges und damit zur Beeinträchtigung der dem Einzelnen gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit fehlt.

Zu beachten ist, daß der öffentliche Zweck für sich allein noch nicht die Neuerrichtung und Erweiterung von Unternehmungen der öffentlichen Hand gestattet. Es muß viel-

---

347) So Hirche, S. 78 und 79.

mehr kumulativ ein Nichtausreichen der Privatwirtschaft hinzutreten[348].

Es kann und soll nicht geleugnet werden, daß gerade gegen dieses Merkmal des "öffentlichen Interesses", so oft und so unabweisbar es auch gefordert wird, schwerwiegende Bedenken erhoben werden. Es ist ein Rechtsbegriff, der weitgehend die Entscheidung aus der Hand des Gesetzgebers in diejenige der das Gesetz anwendenden Stelle hinüberspielt, ein "Etwas, das uns molluskenhaft entgleitet, wenn wir es greifen möchten"[349]. Immerhin kennt unsere Rechtsordnung jedoch mehrfach ähnlich unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. "Gefahr", "Bedürfnis", "Notwendigkeit", "wichtiger Grund"; vgl. auch "öffentliches Interesse" in §§ 153 Abs.1, 376 StPO), die der Auslegung, d.h. der Ermittlung ihres Sinngehalts mit den üblichen Methoden juristischer Interpretation fähig und der richterlichen Nachprüfung zugänglich sind[350].

Einen Anhaltspunkt für die Auslegung gibt das Gemeindewirtschaftsrecht, für das es in den amtlichen Erläuterungen zu § 67 DGO u.a. heißt:

> "Es kann einer Gemeinde nie erlaubt sein zu wirtschaften, wenn ihr einziges Ziel dabei das der Gewinnerzielung ist; vielmehr muß es sich bei der gemeindlichen Wirtschaft stets um eine Betätigung handeln, die nach den ganzen Entwicklungen und den herrschenden Anschauungen eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohnerschaft zum Gegenstand haben. Leistungen und Lieferungen des gemeindlichen Unternehmens müssen selbst einem öffentlichen Zweck dienen."[351]

Das Erfordernis des "öffentlichen Interesses" wird insbesondere dann als gewahrt angesehen werden können, wenn spezielle Rechtfertigungsgründe für ein öffentliches Wirtschaftsunternehmen im Einzelfall vorliegen wie z.B. bei der Notwendigkeit der Errichtung von Lückenbetrieben,

---

348) Maunz-Dürig Art.2 I Rdnr.52 zu dd).

349) Köttgen, Öffentl.Anstalt, S.116 mit Anm.19.

350) Bachoff, S.98 r.Sp.

351) Vgl.die vertiefenden Ausführungen dazu bei Surén, S.154 ff.

bei der Übernahme einer unrentablen Unternehmung im Zonenrandgebiet oder bei dem Erfordernis einer einheitlichen, zentralen Regelung über das ganze Staatsgebiet.

3. Wahrung der Publizität

durch Unterrichtung der Öffentlichkeit über den Umfang der Betätigung und Beteiligung, insbesondere durch Unterstellung unter die seit langem geforderte wirksame parlamentarische Kontrolle.

4. Ausschaltung von Konkurrenzvorteilen

gegenüber privaten Unternehmern.

Die im nachfolgenden Anhang wiedergegebenen Gesetzentwürfe berücksichtigen diese Voraussetzungen in großem Umfang.

A n h a n g I

Entwurf eines Gesetzes über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

(FDP-Bundestagsfraktion, 2. LP 1953, Drucksache 2712)

ERSTER TEIL

Wirtschaftliche Unternehmen

§ 1

(1) Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände (öffentliche Hand) dürfen Unternehmen, die wirtschaftliche Leistungen für Dritte erbringen (wirtschaftliche Unternehmen), unmittelbar und mittelbar auf Grund öffentlichen und privaten Rechtes nur betreiben oder sich an ihnen beteiligen, wenn

a) ein dringender öffentlicher Zweck vorliegt und

b) dieser Zweck durch private Unternehmen oder ohne Beteiligung der öffentlichen Hand nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt werden kann und

c) private Unternehmen nicht unbillig im Wettbewerb benachteiligt werden und

d) die Unternehmen oder Beteiligungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Eigentümer und den voraussichtlichen Belastungen stehen.

(2) Das Vorliegen der Voraussetzungen der Buchstaben a) bis d) ist im Einzelfall, soweit es sich um den Bund handelt, durch den Bundestag, im übrigen durch die Volksvertretung des Landes festzustellen. Sind mehrere Volksvertretungen beteiligt, so bedarf es einer übereinstimmenden Feststellung. Die Feststellung kann befristet, an Bedingungen geknüpft und bei Wegfall der Voraussetzungen widerrufen werden.

§ 2

Wirtschaftliche Unternehmen und Beteiligungen, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits bestehen, dürfen, wenn die Feststellung nach § 1 Abs.2 nicht getroffen ist, von

der öffentlichen Hand nur fortgeführt oder beibehalten werden, solange

1. das Veräußerungsverfahren des Dritten Teils (§§ 6 bis 1o) noch nicht abgeschlossen ist oder
2. der Überprüfungsausschuß (§ 12) feststellt, daß eine Veräußerung zum angemessenen Preis nicht möglich ist.

Bei wirtschaftlichen Unternehmen im Alleineigentum der öffentlichen Hand muß der Überprüfungsausschuß im Falle der Nummer 2 ferner feststellen, daß die Fortführung im volkswirtschaftlichen Interesse erforderlich ist.

§ 3

(1) Wirtschaftliche Unternehmen, die im Alleineigentum oder auf Grund von Beteiligungen unter dem beherrschenden Einfluß der öffentlichen Hand stehen, sind nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen. Sie haben jährlich einen Jahresabschluß mit Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen Geschäftsbericht entsprechend den Vorschriften des Aktiengesetzes zu erstellen und den Volksvertretungen der Eigentümer oder Beteiligten der öffentlichen Hand zuzuleiten. Soziale Leistungen und politische Lasten zugunsten der Allgemeinheit, die bei Privatunternehmen gleicher oder ähnlicher Art gemeinhin nicht üblich sind, müssen im Geschäftsbericht gesondert ausgewiesen werden.

(2) Die Konzernbildung (§ 15 des Aktiengesetzes) oder der rechtliche Zusammenschluß zu einem Unternehmen sind nur zulässig, wenn besondere betriebliche Verhältnisse dazu zwingen und eine zweckmäßigere betriebliche Organisation erreicht wird. Sie sind unzulässig, wenn sie in einem nicht nur örtlich begrenzten Gebiet eine marktbeherrschende Stellung zur Folge haben würden.

ZWEITER TEIL

Regiebetriebe

§ 4

(1) Die öffentliche Hand darf Betriebe zur Deckung des eigenen Bedarfs (Regiebetriebe) nur unterhalten, wenn

a) die besondere Eigenart eines Verwaltungszweiges oder einer Einrichtung der öffentlichen Hand einen Regiebetrieb unabweisbar erfordert oder

b) die Selbstkostenrechnung erkennen läßt, daß ein Regiebetrieb auf die Dauer zu wesentlich wirtschaftlicheren Ergebnissen führt als die Auftragsvergabe

an private Unternehmen und der Kapitalaufwand in angemessenem Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit des Trägers des Regiebetriebes steht.

(2) Größere Neuanlagen dürfen, soweit sie von privaten Unternehmen durchgeführt werden können, nicht durch Regiebetriebe ausgeführt werden.

(3) Wirtschaftliche Leistungen für Dritte dürfen von Regiebetrieben nicht erbracht werden.

§ 5

Läßt die öffentliche Hand Regiearbeiten ausführen, die nach § 4 unzulässig sind, so hat jedes private Unternehmen, das diese Arbeiten übernehmen könnte, einen Anspruch auf Unterlassung, der vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen ist.

DRITTER TEIL

Veräußerungsbestimmungen

§ 6

Wirtschaftliche Unternehmen und Beteiligungen, bei denen eine Feststellung nach § 1 nicht getroffen worden ist, sind nach Maßgabe des Dritten Teils zu veräußern. Zeitpunkt und Art der Veräußerung bestimmt der Überprüfungsausschuß.

§ 7

Wirtschaftliche Unternehmen, die in der Rechtsform der Aktiengesellschaft betrieben werden, und Aktienbeteiligungen der öffentlichen Hand werden zu dem im Zeitpunkt der Veräußerung bestehenden Börsenkurs verkauft. Der Verkäufer kann sich hierbei der Vermittlung einer Bank oder eines Bankenkonsortiums bedienen.

§ 8

(1) Wirtschaftliche Unternehmen, die nicht in der Rechtsform der Aktiengesellschaft geführt werden, sind bis zum 30. Juni 1957 in diese Rechtsform umzuwandeln, sofern das Grundkapital entsprechend dem tatsächlichen Wert des Unternehmens mindestens 500 000 Deutsche Mark betragen würde.

Die Börseneinführung und der Verkauf der Aktien ist einem Bankenkonsortium zu übertragen. Der zwischen der öffentlichen Hand und dem Bankankonsortium zu vereinbarende Ausgabekurs bedarf der Genehmigung durch den Überprüfungsausschuß.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für Aktien von Unternehmen und Beteiligungen, für die im Zeitpunkt der Veräußerung kein Börsenkurs besteht.

§ 9

(1) Unternehmen, die nicht unter die Bestimmungen der §§ 7 und 8 fallen, sind in einer Rechtsform des privaten Rechts zu führen oder darin zu überführen, die eine freihändige Veräußerung des ganzen Unternehmens oder von Anteilen an dem Unternehmen ermöglicht.
(2) Mit der Veräußerung ist eine Bank oder ein Bankenkonsortium zu beauftragen, sofern der Überprüfungsausschuß nicht eine unmittelbare Veräußerung für zulässig erklärt.
(3) Absatz 2 gilt entsprechend für Aktien, deren Börseneinführung nicht möglich ist.

§ 1o

(1) Bestimmungen des Bundes, der Länder und Gemeinden, nach denen der Verkauf von Vermögen der öffentlichen Hand der Zustimmung der Volksvertretung bedarf, finden auf Veräußerungen nach diesem Gesetz keine Anwendung.
(2) Der Erwerb von Vermögenswerten, die nach den Bestimmungen des Dritten Teils veräußert werden, durch die öffentliche Hand ist ausgeschlossen.

VIERTER TEIL

Gemeinsame Bestimmungen

§ 12

(1) Zur Durchführung des Gesetzes wird ein Ausschuß zur Überprüfung des Vermögens der öffentlichen Hand (Überprüfungsausschuß) gebildet. Er besteht aus

1. sechs Mitgliedern, die vom Bundestag für die Dauer seiner Wahlperiode gewählt werden,
2. drei Vertretern des Bundesrates,
3. drei Vertretern der Bundesregierung und
4. drei Vertretern der Bundesnotenbank.

Der Überprüfungsausschuß entscheidet mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder. Er wählt aus seiner Mitte einen

Vorsitzenden und gibt sich eine Geschäftsordnung.
(2) Der Überprüfungsausschuß erläßt Richtlinien für Zeit, Art und Ausmaß der Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen (Dritter Teil), die für Regierungen und Verwaltungen verbindlich sind, und überwacht ihre Durchführung. Er trifft die Feststellungen nach § 2 Satz 1 Nr.2 und Satz 2. Regierungen und Verwaltungen haben ihn auf Verlangen jederzeit über Unternehmen und Beteiligungen, Verkaufsverhandlungen, die vereinbarten und erzielten Preise sowie über Art, Tätigkeit und Kostenrechnung der Regiebetriebe zu unterrichten.
(3) Der Überprüfungsausschuß berichtet dem Bundestag und den Volksvertretungen der Länder jährlich über die Durchführung des Gesetzes. Er kann damit Vorschläge, insbesondere für Feststellungen oder den Widerruf von Feststellungen gemäß § 1 Abs.2 verbinden.

§ 13

Das Gesetz gilt nicht für die Bundesbahn, die Bundespost, die öffentlich-rechtlichen Bank- und Kreditinstitute, die Land- und Forstwirtschaft sowie für Arbeiten in Strafanstalten.

§ 14

Die Bundesregierung wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Verordnungen zu erlassen.

§ 15

(Berlinklausel)

§ 16

(Inkrafttreten)

Anhang II

Entwurf eines Gesetzes über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

(Deutscher Industrie- und Handelstag)

§ 1

(1) Der Bund, die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände (öffentliche Hand) dürfen sich nur nach Maßgabe dieses Gesetzes wirtschaftlich betätigen.
(2) Wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Gesetzes sind die in den §§ 2 und 3 genannten Tatbestände.

§ 2

(1) Die öffentliche Hand darf Unternehmen, welche wirtschaftliche Leistungen für Dritte erbringen (Wirtschaftsunternehmen), nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern:

a) wenn ein dringender öffentlicher Zweck vorliegt und

b) wenn dieser Zweck durch private Unternehmen nicht ebensogut und wirtschaftlich erfüllt werden kann und

c) wenn dadurch private Unternehmen nicht unbillig im Wettbewerb benachteiligt werden und

d) wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Körperschaft steht.

(2) Die öffentliche Hand darf nur unter den Voraussetzungen des Abs.1 unmittelbare Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen erwerben.

§ 3

(1) Die öffentliche Hand darf sich zur Deckung des eigenen Bedarfs nur wirtschaftlich betätigen (Eigenbedarfsarbeiten),

a) wenn der Auftragvergebung an private Unternehmen überwiegend öffentliche Interessen, die nicht wirtschaftlicher Art sind, entgegenstehen, oder

b) wenn die Selbstkostenkalkulation (unter Berücksichtigung der Verbote in Abs.2 und 3) erkennen läßt, daß solche Eigenbedarfsarbeiten auf die Dauer zu wesentlich billigeren Ergebnissen als die Auftragsvergebung

an private Unternehmen führen und

wenn private Unternehmen dadurch nicht wesentlich geschädigt werden und

wenn der Kapitalaufwand im angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Körperschaft steht.

(2) Die öffentliche Hand darf größere Neuanlagen, soweit sie von privaten Unternehmen durchgeführt werden können, nicht als Eigenbedarfsarbeiten durchführen.
(3) Die öffentliche Hand darf im Zusammenhang mit Eigenbedarfsarbeiten keine wirtschaftlichen Leistungen für Dritte erbringen.

§ 4

Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand dürfen nur unter einer einheitlichen Leitung zusammengefaßt oder rechtlich zu einem Unternehmen zusammengeschlossen werden, wenn die Zusammenfassung oder der Zusammenschluß zu einer zweckmäßigeren betrieblichen Organisation führen und geeignet sind, den Ertrag zu verbessern.

§ 5

(1) Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand sind, soweit es mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist, nach kaufmännischen Grundsätzen, insbesondere hinsichtlich der Preisbildung und der Investitionspolitik, mit dem Ziel, einen angemessenen Gewinn auszuschütten, zu führen.
(2) Sie dürfen andere Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand im Geschäftsverkehr nicht bevorzugen.

§ 6

Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand, die nicht in Form einer Aktiengesellschaft betrieben werden, haben, wenn ihr Stammkapital mindestens 1oo.ooo,- DM beträgt, in entsprechender Anwendung der §§ 129, 131 - 133 AktGes. einen Jahresabschluß aufzustellen und im zuständigen Amtsblatt zu veröffentlichen. Bei einem Stammkapital von mindestens 1 Mill. DM ist der Jahresabschluß außerdem im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

§ 7

(1) Die öffentliche Hand hat Wirtschaftsunternehmen sowie Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht den Voraussetzungen des § 2 entsprechen oder bei denen diese Voraussetzungen später

entfallen, in privates Eigentum zu überführen oder aufzulösen.
(2) Die zuständigen Verwaltungsbehörden stellen für diese Überführung in privates Eigentum ein Programm auf. Sie veröffentlichen, soweit erforderlich alljährlich, einen Bericht über die Entwicklung und Ergebnisse der Überführung im Bundesanzeiger.

§ 8

(1) Jedes Land bildet eine aus drei Mitgliedern bestehende Schiedsstelle. Der Landesjustizminister beruft die Mitglieder der Schiedsstelle jeweils für eine Dauer von 3 Jahren aus dem Kreis der Richter, die seiner Dienstaufsicht unterstehen; eine wiederholte Berufung ist zulässig.
(2) Die Schiedsstelle stellt auf Antrag fest

a) ob ein Wirtschaftsunternehmen zu den Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand gehört,

b) ob die öffentliche Hand oder ein Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand gegen die Bestimmungen der §§ 24, 5 und 6 verstoßen haben,

c) ob Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand oder Beteiligungen der öffentlichen Hand an Wirtschaftsunternehmen nach § 7 in privates Eigentum zu überführen oder aufzulösen sind.

(3) Zuständig für die Entscheidung über den Antrag ist die Schiedsstelle des Landes, in dem der satzungsgemäße Sitz des Wirtschaftsunternehmens oder der Verwaltungssitz der öffentlichen Hand liegt, gegen die sich der Antrag richtet.

(4) Antragsberechtigt sind die Industrie- und Handelskammern, die Handwerkskammern, die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne von § 13 UWG und die Gewerkschaften. Private Unternehmen sind nur antragsberechtigt, soweit sie durch Verstöße gegen die Bestimmungen der §§ 2 und 5 im Wettbewerb benachteiligt worden sind.
(5) Der Bundesminister für Wirtschaft wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung die Geschäftsordnung und das Verfahren der Schiedsstellen näher zu regeln.

§ 9

(1) Gegen die Entscheidungen der Schiedsstellen steht den Beteiligten die Beschwerde an das Oberlandesgericht zu, welches für den Sitz der Schiedsstelle zuständig ist, sowie anschließend die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof. Bei den zuständigen Oberlandesgerichten sowie beim Bundesgerichtshof sind dafür besondere Senate zu bilden.
(2) Die Beschwerde kann auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden; das Beschwerdegericht ist jedoch an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beschwerdeführer

nicht gebunden, sondern erforscht den Sachverhalt von Amts wegen und entscheidet nach mündlicher Verhandlung durch Beschluß. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, daß die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.
(3) Der Bundesminister der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung das Verfahren vor den Beschwerdegerichten näher zu regeln.

§ 1o

(1) Soweit die öffentliche Hand oder Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand unzulässige Eigenbedarfsarbeiten ausführen, hat jedes private Unternehmen, welches diese Arbeiten übernehmen könnte, einen Anspruch auf Unterlassung. Der Anspruch kann auch von Verbänden zur Förderung von gewerblichen Interessen im Sinne von § 13 UWG geltend gemacht werden.
(2) Der Anspruch ist vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. In erster Instanz sind die Kammern für Handelssachen der Landgerichte ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig; über die Berufung und die Revision entscheiden die besonderen Senate, die nach § 9 Ab.1 Satz 2 bei den zuständigen Oberlandesgerichten und beim Bundesgerichtshof zu bilden sind.

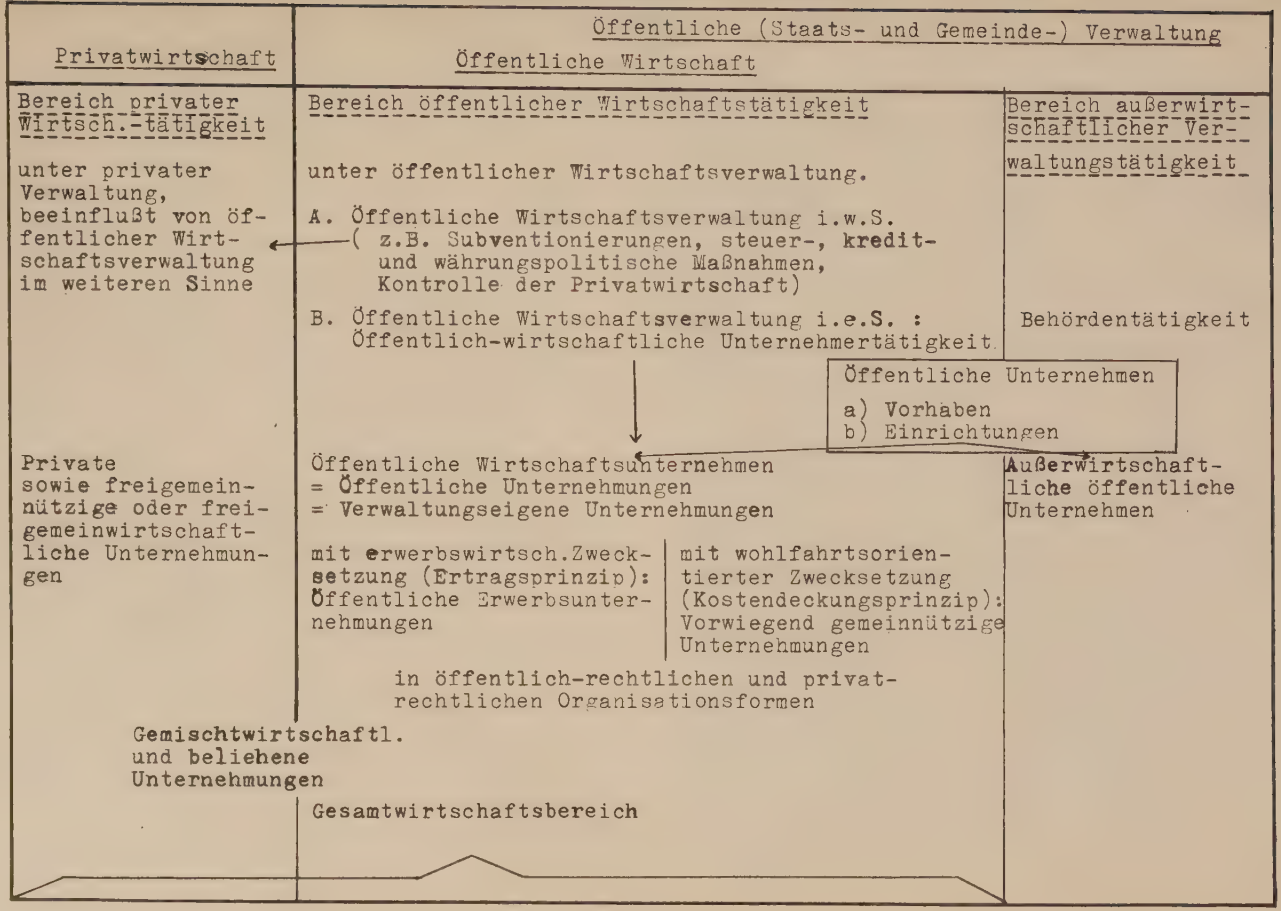
§ 11

(1) Auf die Bundesbahn und die Bundespost finden lediglich die §§ 3 Abs.2 und 1o Anwendung.
(2) Auf Bank- und Versicherungsunternehmen der öffentlichen Hand, welche bereits bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehen, findet § 7 keine Anwendung. Der Betrieb von Bankunternehmen, von Versicherungsunternehmen, welche sich nicht auf die Feuerversicherung beschränken, sowie die Beteiligung an solchen Unternehmen bleibt den Gemeinden und Gemeindeverbänden nach Inkrafttreten dieses Gesetzes auch dann untersagt, wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, die Vorschriften über das öffentliche Sparkassenwesen bleiben unberührt.
(3) Bei den in Strafvollzugsanstalten durchzuführenden Arbeiten sind die besonderen Interessen des örtlichen Gewerbes zu berücksichtigen. § 3 Abs.3 findet keine Anwendung.
(4) Auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Bereich der Land- und Forstwirtschaft findet dieses Gesetz keine Anwendung.

§ 12
(Berlinklausel)

§ 13
(Inkrafttreten)

Übersichtsskizze (s.S.34)



Lebenslauf

Am 25 August 1928 wurde ich als Sohn des Inspektors Paul Junker und dessen Ehefrau in Berlin geboren. Ab 1939 besuchte ich eine Oberschule in Berlin und ab 1946 die Oberschule in Göttingen, an der ich 1949 das Abitur ablegte. 1950 nahm ich an der Universität Göttingen das Studium der Volkswirtschaft und nach einigen Semestern das der Rechtswissenschaft auf. 1956 bestand ich das erste juristische Staatsexamen. Danach nahm ich an dem Seminar für Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht in Göttingen teil und erhielt in diesem Rahmen von Herrn Professor Dr.Georg Erler das Thema für die vorliegende Dissertation. Seit 1957 durchlief ich die Ausbildungsstationen des juristischen Vorbereitungsdienstes, schied jedoch auf eigenen Wunsch aus der Referendarausbildung aus und nahm die Tätigkeit des Geschäftsführers eines Wirtschaftsverbandes in Hagen/Westfalen auf. Im Januar 1964 bestand ich die mündliche Doktorprüfung in der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen.